DIE HAFTUNG DES KOMMANDITISTEN BEI FEHLENDER EINTRAGUNG

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

vorgelegt von

Heinz-Klaus Kroppen

aus Duisburg

Diss
Düsseldorf
1982

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543909_0011

DIE HAFTUNG DES KOMMANDITISTEN BEI FEHLENDER EINTRAGUNG

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

vorgelegt von

Heinz-Klaus Kroppen

aus Duisburg

Referent:	Prof. Dr. Manfred Lieb
Korreferent:	Prof. Dr. Klemens Pleyer
Tag der mündlichen Prüfung:	13. 7. 1987

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

Erster Teil: Rechtsfolgen des nicht eingetragenen Rechtsnachfolgevermerks bei Anteilsübertragung 1

A) Geschichtliche Entwicklung hin zur Übertragung durch Verfügungsgeschäft 1

B) Rechtslage bei Ein- und Austritt eines Kommanditisten im Gegensatz zur Rechtsnachfolge 4

C) Rechtsnachfolge als eintragungsfähige Tatsache 7

D) Rechtslage bei vergessenem Nachfolgevermerk 11

1) Eintragung als konstitutiv für Vorliegen der Rechtsnachfolge 12

2) Rechtsscheinshaftung des Neukommanditisten 17

3) Rechtsscheinshaftung des Altkommanditisten 21

4) Haftung des Altkommanditisten aus § 172 IV als Sanktion für Nichteintragung 24

5) Haftung des Altkommanditisten aus § 172 IV wegen Entzugs seiner Einlage 26

a) Herkömmliche Auffassung zur Rückzahlung nach 172 IV 26

b) System der Kommanditistenhaftung in §§ 171, 172 27

aa) Begriff der Einlageleistung 28

bb) Leistung auf die Haftung als zweite Möglichkeit für Haftungsausschluß 30

cc) Kein Erlöschen der Einlageverpflichtung durch Leistung auf die Haftung 31

dd) Ergebnis zum Ausschluß der Kommanditistenhaftung nach § 171 34

ee) Einheitliche Auslegung des Erlöschens der Haftung in § 171 und des Wiederauflebens in § 172 IV 35

ff) Wiederaufleben der Haftung durch Gewinnentnahmen 36

gg) Wiederaufleben der Haftung und verdeckte Gewinnausschüttung 38

hh) Problem der Risikokumulation beim Wiederaufleben 43

c) Entscheidung des BGH in BGHZ 81, 82 45

d) Gleichbehandlung des Ein- und Austritts und der Rechtsnachfolge 47

E) Wiederaufleben der Haftung und Eintragung des Nachfolgevermerks 49
1) Bedürfnis nach haftungsfreier Übertragung des Anteils 51
2) Rechtsfortbildung auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite 52
3) Ergebnis 56
F) Übertragung eines durch Verluste geminderten Anteils 57
G) Eintragung des Nachfolgevermerks und Erwerb des Anteils durch Komplementär 61
H) Wirkung von Rückzahlungen nach Anteilsübertragung 65
1) Rückzahlungen an den Neukommanditisten 65
2) Zahlungen an den Altkommanditisten 76

Zweiter Teil: Die Haftung des Kommanditisten im Rahmen des § 176 81
A) Die ratio der Vorschrift 81
1) Sanktionscharakter der Norm 81
2) § 176 nur Klarstellungsfunktion 82
3) Eintragung als Enthaftungsvoraussetzung für den Kommanditisten 84
4) § 176 als unbeschränkte Regelhaftung 87
5) § 176 als Vertrauensschutznorm 93
a) Vertrauenstatbestand in § 176 I 98
b) Vertrauenstatbestand in § 176 II 106
B) Geschäftsaufnahme im Sinn von § 176 109
C) Zustimmung zur Geschäftsaufnahme 117
1) § 176 I 117
2) Zustimmung in § 176 II 119
D) Anwendung von § 176 auf die GmbH & Co. KG 122
1) Auslegung durch die h. L. 122
2) Ansicht des BGH 123
3) Fehlen eines primären Vertrauenstatbestandes beim Auftreten einer GmbH & Co. KG 126
E) § 176 und die Soll - Kommanditgesellschaft 131
1) Haftung des Soll - Kommanditisten als BGB - Gesellschafter 131
2) Haftung aus Rechtsscheinsgesichtspunkten 138
a) Das Meistbegünstigungsprinzip 139
b) Anwendung von § 176 aus Rechtsscheinsgesichtspunkten 142

F) Haftungsumfang des § 176 155
1) Haftung für alle Gesellschaftsschulden 156
2) Haftung nur für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten 156
3) Vertrauensmöglichkeit als Grundlage für die Anwendung des § 176 157
4) Rechtsgeschäftliche Handlungen nach Entstehung einer gesetzlichen Verbindlichkeit 159
G) § 176 II und die Rechtsnachfolge in Kommanditanteile 161
1) § 176 II und die Erbschaft eines Gesellschaftsanteils 163
2) § 176 II und die Einzelrechtsnachfolge 165
3) Erwerb durch Mitgesellschafter 168
H) Analoge Anwendung von § 176 auf die Firmenänderung 169
1) Auffassung des BAG 169
2) Voraussetzungen einer Analogie 171
3) Vergleichbarkeit der Stellung des Dritten 172
4) Fehlende Vergleichbarkeit der Stellung des betroffenen Kommanditisten 173

LITERATURVERZEICHNIS

Axer, Jochen
Abstrakte Kausalität - ein Grundsatz des Handelsrechts
Zugleich ein Beitrag zur gesetzlichen
Konzeption und Risikozuordnung durch Außen-
haftungsnormen des Handelsgesetzbuches
Bergisch-Gladbach . Köln, 1986

Bälz, Ulrich
Zur Abfindung eines Kommanditisten aus
privaten Mitteln eines Mitgesellschafters
BB 1977, 1481

Barella, Max
Durchbrechung der Haftungsbeschränkung
des Kommanditisten
BB 1952, 465

Baumbach/Duden
Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen
ohne Seerecht
24. Auflage
München, 1980

Baumbach/Duden/Hopt
Handelsgesetzbuch
26. Auflage
München, 1985

Baur, Fritz
Lehrbuch des Sachenrechts
12. Aulage
München, 1983

Berg, Hans
Hauptproblem bei den Personengesellschaften des Handelsrechts
JuS 1974, 685

Beuthien, Volker
Die Haftung von Personengesellschaftern
Geltungsgrenzen der §§ 278, 31, 831 BGB im Gesellschaftsrecht
DB 1975, 725 und 773

Beyerle, Konrad
Der unbeschränkt haftende Kommanditist
Köln . Berlin . Bonn . München, 1976

Beyerle, Konrad
Haftungsbefugnisse in der fehlgeschlagenen Kommanditgesellschaft
BB 1973, 1376

Beyerle, Konrad
Rechtsscheinhaftung zu Lasten des Verkehrs durch unberechtigte Firmenführung
Zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.6.1973, BGHZ, 61, 59 ff = BB 1974, S. 57 ff
BB 1975, 944

Beyerle, Konrad
Unbeschränkte Haftung des Kommanditisten gemäß § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB
§ 176 Abs. 1 Satz 1 HGB als Strafvorschrift - ein Mißverständnis
BB 1973, 557

Binz, Karlheinz
Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH & Co. KG
Zugleich ein Beitrag zum Recht der Kapital -Vorgesellschaft
Köln, 1976

Binz, Karlheinz
Haftungsverhältnisse bei werbender Tätigkeit der Vor-GmbH & Co. KG
GmbH Rdsch 1976, 29

Bohnenberg, Heinrich
Handelsgesetzbuch mit Erläuterung
Köln . Bonn . Berlin . München, 1980

Böttchert/Beinert/Hennerkes/Binz
GmbH & Co.
Die moderne Unternehmensform
Wirtschaftlich Handelsrechtlich Steuerlich
6. Auflage
Stuttgart - Wiesbaden, 1979

Brönner/Bünz
Die GmbH & Co. KG in Recht und Praxis
4. Auflage
Freiburg i.Br., 1981

Brox, Hans
Erbrecht
9. Auflage
Köln . Berlin . Bonn . München, 1984

Bydlinski, Franz
Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff
Wien, New York 1982

Canaris, Klaus Wilhelm
Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht
München, 1971

Capelle/Canaris
Handelsrecht
20. Auflage
München, 1985

Crezelius, Georg
Zur Stellung des § 176 HGB im Handels- und Gesellschaftsrecht
BB 1983, 5

Dietrich, Hugo
Die materiellrechtliche Bedeutung der Rechtsnachfolge bei Kommanditistenwechsel
DR 1943, 1201

Donner, Günther
Eintragung der Rechtsnachfolge im Handelsregister bei Kommanditistenwechsel
DR 1943, 971

Donner, Günther
Kommanditistenhaftung bei Neueintritt oder Wechsel des Kommanditisten
DNotZ, 1943, 288

Ebert, Kurt Hans
Die rechtsfunktionelle Kompetenzabgrenzung von Gesellschaftsrecht und Erbrecht.
Ein Beitrag zum Problem der qualifizierten Nachfolgeklausel in der OHG
Frankfurt a.M., 1972

Eckert, Michael
Aktuelle Rechtsprobleme des § 176 HGB
JuS 1986, 122

Eckert, Michael
Rechtsfolgen des Kommanditistenwechsels unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 29.Juni 1981
ZHR 147 (1983), 565

Ehrenberg, Victor Hrsgb.
Handbuch des gesamten Handelsrechts mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschiffahrtsrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts
Erster Band
Leipzig, 1913

Eisenhardt, Ulrich
Gesellschaftsrecht
2. Auflage
München, 1982

Emmel, Heinrich
Die Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten unter besonderer Berücksichtigung von gesetzlichen Verbindlichkeiten der KG
Mainz, 1982

Erman
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
1. Band
7. Auflage
Münster 1981

Fischer, Gerfried
Rechtsscheinhaftung bei nicht eingetragener KG
Zu BGH NJW 1973, 1691
NJW, 1973, 2188

Flume, Werner
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Erster Band Erster Teil
Die Personengesellschaft
Berlin . Heidelberg . New York, 1977

Flume, Werner
Der Inhalt der Haftungsverbindlichkeit
nach § 128 HGB
in: Festschrift für Rudolf Reinhardt zum
70. Geburtstag
Köln, 1972
S. 223

Flume, Werner
Gesellschaft und Gesamthand
ZHR 136 (1972) S. 177

Flume, Werner
Schuld und Haftung bei der Gesellschaft des
Bürgerlichen Rechts
in: Festschrift für Harry Westermann zum
65. Geburtstag,
Karlsruhe, 1974,
S. 119

Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch
3. Auflage
Neuwiedt . Darmstadt, 1980

Gernhuber, Joachim
Lehrbuch des Familienrechts
3. Auflage
München, 1980

Gierke/Sandrock
Handels- und Wirtschaftsrecht
Band 1: Allgemeine Grundlagen
Der Kaufmann und sein Unternehmen
9. Auflage
Berlin . New York, 1975

Göppert, Heinrich
Eintragungen in das Handelsregister von besonderer Eigenart (§ 25 Abs. 2, §§ 176, 5, 200 HGB)
Bonn, 1934

Groschuff,-
Eintragung der Rechtsnachfolge im Handelsregister bei Kommanditistenwechsel
Anmerkung zu KG vom 6.5.1943, DR 1943, 981
DR, 1943, 975

Großkommentar Handelsgesetzbuch
Begründet von Hermann Staub
Zweiter Band §§ 105 - 177, §§ 335 - 342
2. Auflage
Berlin, 1950

Großkommentar Handelsgesetzbuch
Begründet von Hermann Staub
Erster Band §§ 1 - 104
3. Auflage
Berlin, 1967

Großkommentar Handelsgesetzbuch
Begründet von Hermann Staub
Zweiter Band, 1. Halbband §§ 105 - 144
3. Auflage
Berlin . New York, 1973

Großkommentar Handelsgesetzbuch
Begründet von Hermann Staub
Zweiter Band, 2. Halbband
§§ 145 - 177, 335 - 342
3. Auflage
Berlin, 1970

Großkommentar Handelsgesetzbuch
Begründet von Hermann Staub
Lieferung 1 §§ 1 - 16
4. Auflage
Berlin, New York, 1983

Günter, Manfred
Die Aufbringung und Erhaltung des
Haftkapitals in KG und GmbH unter
besonderer Berücksichtigung der GmbH & Co. KG
Hamburg, 1975

Gursky, Karl-Heinz
Risikokumulation für den Kommanditisten mit
Sacheinlagepflicht?
DB 1978, 1261

Hadding, Walter
Die Mitgliedschaft in handelsrechtlichen Personen-
gesellschaften - Ein subjektives Recht?
in: Festschrift für Rudolf Reinhardt zum
70. Geburtstag
Köln, 1972

Haupt/Reinhardt
Gesellschaftsrecht
4. Auflage
Tübingen, 1952

Heymann/Kötter
Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen
4. Auflage
Berlin . New York, 1971

Hofmann, Paul
Die Haftung des Kommanditisten
aus § 176 HGB bei der GmbH & Co. KG
GmbHRdsch 1970, 182

Hofmann, Paul
Unbeschränkte Kommanditistenhaftung und
gesetzliche Wertung
NJW 1969, 577

Honsell, Heinrich
Die Rückabwicklung sittenwidriger oder
verbotener Geschäfte
Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende
Untersuchung zu § 817 BGB
München, 1974

Hopt/Hehl
Gesellschaftsrecht
2. Auflage
München, 1982

Huber, Ulrich
Eintragungsfehler bei Abtretung von Kommanditanteilen
- Besprechung der Entscheidungen BGHZ 81, 82 und
BGH, WM 1983, 651
ZGR 1984, 146

Huber, Ulrich
Haftungsprobleme der GmbH & Co. KG im Gründungsstadium
in: Strukturen und Entwicklungen im Handels-
Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für
Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag,
München 1976
S. 127

Huber, Ulrich
Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil
an Personnengesellschaften des Handelsrechts
Heidelberg, 1970

Hueck, Alfred
Das Recht der offenen Handelsgesellschaft
4. Auflage
Berlin, 1971

Hueck, Alfred
Gesellschaftsrecht
17. Auflage
München, 1975

Hueck, Götz
Gesellschaftsrecht
18. Auflage
München, 1983

Jacobi, Ernst
Die Haftung des Kommanditisten und die Eintragung
der Haftung ins Handelsregister
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des
bürgerlichen Rechts
Band 70 (1921), 300

Jeschke, Dieter
Der Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister bei der Übertragung von Mitgliedschaftsrechten an Kommanditgesellschaften - Erwiderung zu Spindelhirn BB 1983, 271
DB 1983, 541

John, Uwe
Die organisierte Rechtsperson
System und Probleme der Personifikation
im Zivilrecht
Berlin , 1977

John, Uwe
Fiktionswirkung oder Schutz typisierten Vertrauens durch das Handelsregister
ZHR 140 (1976), 236

Kellert, Otto
Ist beim Kommanditistenwechsel die Eintragung der Rechtsnachfolge in das Handelsregister erforderlich?
Rpfleger 1951, 427

Keuk, Brigitte
Die Haftung des Kommanditisten für Schulden der Gesellschaft
ZHR 135 (1971), 410

Knobbe-Keuk, Brigitte
Die unbeschränkte Kommanditistenhaftung nach § 176 HGB -Schein und Wirklichkeit-
in: Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985
Berlin . New York, 1985

Koenige
Handausgabe des Handelsgesetzbuches
1. Band §§ 1-177, 335-473 HGB
4. Auflage
Berlin, 1936

Kollhosser, Helmut
Besprechung der Entscheidung BGHZ 61, 59
ZGR 1976, 231

Konietzko, Eva-Maria
Zur Haftung des Kommanditisten
Frankfurt a.M., 1979

Kornblum, Udo
Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten
von Personengesellschaften
Frankfurt a.M., 1972

Kraft/Kreutz
Gesellschaftsrecht
5. Auflage
Frankfurt a.M., 1983

Kübler, Friedrich
Gesellschaftsrecht
Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und
Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen
Heidelberg, Karlsruhe, 1981

Kuhn, Georg
Zur werdenden GmbH & Co. KG
in: Strukturen und Entwicklungen im Handels-,Gesell-
schafts- und Wirtschaftsrecht Festschrift für
Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag
München 1976
S. 159

Larenz, Karl
Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts
6. Auflage
München, 1983

Larenz, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts
Allgemeiner Teil
13. Auflage
München, 1982

Larenz, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft
3. Auflage
Berlin, Heidelberg, New York, 1975

Lehmann/Dietz
Gesellschaftsrecht
3. Auflage
Berlin und Frankfurt a.M., 1970

Lieb, Manfred
Der unbeschränkt haftende Kommanditist
Besprechung von Beyerle, Der unbeschränkt haftende Kommanditist
ZHR 141 (1977), 374

Limbach, Jutta
Die Haftung des Kommanditisten einer GmbH & Co. KG vor der Eintragung
GmbHRdsch 1967, 165

Lutter, Marcus
Theorie der Mitgliedschaft Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Kooperationsrechts
AcP 180 (1980) S. 84

Maiberg, Hermann
Gesellschaftsrecht
4. Auflage
München, 1981

Mayer-Maly, Theo
Die Umwandlung der Gesellschafterstellung
in: Festschrift für Harry Westermann zum
65. Geburtstag,
Karlsruhe 1974
S. 369

Michalski, Lutz
Anmerkung zu BGH vom 18.6.1979
II ZR 194/77 = NJW 1980, 54
JA 1980, 182

Müller-Erzbach, Rudolf
Deutsches Handelsrecht
2./3. Auflage
Tübingen, 1928

Müller-Graff, Peter-Christian
Die Außenhaftung des Kommanditisten bei fehlerhaftem KG-Eintritt
BGH, NJW 1977, 1820
JuS 1979, 24

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil
2. Halbband (§§ 657-853)
1. Auflage
München, 1980

Neumann-Duesberg
Die Außenhaftung des Kommanditisten
DB, 1965, 769

Nitschke, Manfred
Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft
Bielefeld, 1970

Palandt
Bürgerliches Gesetzbuch
44. Auflage
München, 1985

Petzold, Rolf
Die Haftung des Kommanditisten nach Leistung seiner Einlage durch den Komplementär
DNotZ 1975, 529

Priester, Hans-Joachim
Ausschüttungen bei Abschreibungsgesellschaften und Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung
Zur Auslegung von § 172 Abs. 4 HGB
BB 1976, 1004

Priester, Hans-Joachim
Unbeschränkte Kommanditistenhaftung bei Firmenänderung
Zum Anwendungsbereich von § 176 HGB
BB, 1980, 911

Reichsgerichtsrätekommentar
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
II. Band, 2. Teil Einzelne Schuldverhältnisse §§ 705-853
11. Auflage
Berlin, 1960

Reichsgerichtsrätekommentar
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs
Band II, 4. Teil §§ 631-811
12. Auflage
Berlin, New York, 1978

Reinhardt/Schulz
Gesellschaftsrecht
2. Auflage
Tübingen, 1981

Richert,-
Der Kommanditistenwechsel und seine Erscheinungsform im Handelsregister
NJW 1958, 1472

Riegger, Bodo
Die Rückgewähr der Einlage eines Kommanditisten aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters
BB 1975, 1282

Riegger, Bodo
Zur Haftung des Kommanditisten vor der Eintragung im Handelsregister
BB, 1979, 1380

Schilling, Wolfgang
Zur Haftung des Erben nach §§ 139, 176 Abs. 2, 15 Abs. 1, 128 HGB
Besprechung der Entscheidung BGHZ 66, 98
ZGR 1978, 173

Schlegelberger
Handelsgesetzbuch
1. Band §§ 1-47 a
5. Auflage
München, 1973

Schlegelberger
Handelsgesetzbuch
2. Band §§ 105-342
4. Auflage
Berlin und Frankfurt, 1963

Schlegelberger
Handelsgesetzbuch
Band III/2. Halbband §§ 161 - 177a §§ 335 - 342
5. Auflage
München, 1986

Schmidt, Karsten
Anwendungsgrenzen des § 176 II HGB
ZHR 144 (1980), 192

Schmidt, Karsten
Anmerkung zu BGH 28.10. 1981,
II ZR 129/80, NJW 1982, 883
NJW 1982, 886

Schmidt, Karsten
Einlage und Haftung des Kommanditisten
Köln, 1977

Schmidt, Karsten
Gesellschaftsrecht
Köln, Berlin, Bonn, München, 1986

Schmidt, Karsten
Haftungsprobleme der "bürgerlich-rechtlichen Kommanditgesellschaft" (I)
DB 1973, 653

Schmidt, Karsten
Haftungsverhältnisse bei werbender Tätigkeit in den Gründungsstadien der GmbH & Co.
NJW 1975, 665

Schmidt, Karsten
Handelsrecht
2. Auflage
Köln, Berlin, Bonn, München 1982

Schmidt, Karsten
Kommanditeinlage Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der KG
ZGR 1976, 307

Schmidt, Karsten
Kommanditistenwechsel und Nachfolgevermerk
-Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29.6.1981
GmbHRdSch 1981, 253

Schmidt, Karsten
Neues zur Haftung bei der Schein KG und zur Kommanditistenhaftung bei Sanierungsgründungen
JZ 1974, 219

Schmidt, Karsten
Sein- Schein- Handelsregister Grundfragen des Verkehrsrechts durch Handelsregister und Bekanntmachung
JuS 1977, 209

Schmidt, Karsten
Wechselrechtsunfähigkeit einer nicht eingetragenen Personengesellschaft mit baugewerblichen Unternehmen?
BGHZ 59, 179
JuS 1973, 83

Schmidt, Karsten
Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaften
Bonn, 1972

Schreiber, Otto
Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik
Erster Band
Leipzig, 1914

Schultz, Dietrich
Fälle zum Handelsrecht
München, 1980

Schwerdtner, Peter
Zur Wechselrechtsfähigkeit einer nicht eingetragenen Personengesellschaft mit baugewerblichem Betrieb
JR 1973, 319

Siegmund/van Venrooy
Gesellschaftsrecht: Lehrbuch auf der Grundlage der Rechtsprechung
1. Auflage
Baden-Baden, 1983

Soergel-Siebert
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Band 3 Schuldrecht II (§§ 611-853)
10. Auflage
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1969

Spies, Axel
Die über die Haftsumme des § 171 HGB hinausgehende Kommanditistenhaftung
Frankfurt a.M., Bern, New York, 1983

Spindelhirn, Bruno
Der Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister -Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29.7.1981 II ZR 142/80 (DB 1981 S. 2019)
DB 1983, 271

Staudinger, I. von
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
II. Band Recht der Schuldverhältnisse 4. Teil §§ 705-822
10./11. Auflage
Berlin, 1975

Steckhan, Hans-Werner
Gesellschaftsvermögen der Kommanditgesellschaft und Privatvermögen des Komplementärs
DNotZ 1974, 69

Stimpel, Walter
Aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Gesellschaftsrecht
ZGR 1973, 73

Teichmann, Arndt/Schick, Volker
Haftung bei einer als KG auftretenden BGB-Gesellschaft - BGHZ 61, 59
JuS, 1975, 18

Tiedtke, Klaus
Die Haftung des gesamtvertretungsberechtigten Komplementärs nach seinem Ausscheiden aus der Kommanditgesellschaft
DB 1979, 245

Uhlenbruck, Wilhelm
Abschreibungsgesellschaften
Anlegerprobleme bei Sanierung-Konkurs-Vergleich
Düsseldorf, 1974

Ulmer, Peter
Das Vorbelastungsverbot im Recht der GmbH-Vorgesellschaft - notwendiges oder überholtes Dogma
Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht
Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70.Geburtstag
Berlin, 1975
S.279

Ulmer, Peter
Vertretung und Haftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
in: Festschrift für Robert Fischer
Berlin, New York, 1979
S. 785

Vigener, Gerhard
Die Kommanditgesellschaft vor Eintragung
- Überlegungen zur Rechtsnatur und zu den Haftungsgrundsätzen
Tübingen, 1978

Weipert,Otto
Zur Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten im Falle des Gesellschafterwechsels durch Allgemeine oder Sonderrechtsnachfolge
DR 1943, 270

Weismann, Bernd-Wolfgang
Die Bürgschaft der Hühnerfarm
JuS 1985, 390

Westermann, Harry
Personengesellschaftsrecht
4. Auflage
Köln, 1979

Westermann, Harry
Sachenrecht
5. Auflage
Karlsruhe, 1966

Wiedemann, Herbert
Beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung
Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag
München 1975
S. 1037

Wiedemann, Herbert
Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften
München, Berlin, 1965

Wiedemann, Herbert
Gesellschaftsrecht
Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts
Band I Grundlagen
München, 1980

Wieland, Karl
Handelsrecht
Erster Band: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften
München und Leipzig, 1921

Wiesner, Georg
Die Haftungsordnung der BGB - Gesellschaft
-BGHZ 74, 240-
JuS 1981, 331

Würdinger, Hans
Gesellschaften 1. Teil Recht der Personengesellschaften
Hamburg, 1937

Erster Teil: Rechtsfolgen des nicht eingetragenen Rechtsnachfolgevermerks bei Anteilsübertragung

A) Geschichtliche Entwicklung hin zur Übertragung durch Verfügungsgeschäft

Die Übertragung des Gesellschaftsanteils eines Kommanditisten ist im heutigen Rechtsleben etwas Alltägliches.
An diesen Vorgang knüpfen sich jedoch vielfältige Rechtsprobleme, so daß sich der BGH in zwei neueren Entscheidungen [1] mit den Rechtsfolgen der Übertragung eines Kommanditanteils befassen mußte. Der früheren Entscheidung [2] lag folgender Sachverhalt zugrunde:
Unter den 140 eingetragenen Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft befindet sich A. Er hält seinen Anteil treuhänderisch für N. Für A ist eine Haftsumme von 1,3 Mio. eingetragen. Seine Einlage in gleicher Höhe hat er erbracht. Nach einiger Zeit tritt A seinen Anteil an N ab. Da N Treugeber war, finden dafür keine Zahlungen an A statt. Der Anteil des A wird von seinem Konto abgeschrieben und auf das Kapitalkonto des N umgebucht. Eingetragen im Handelsregister wird nur, daß A aus der Kommanditgesellschaft ausgeschieden und N in die Kommanditgesellschaft eingetreten ist. Daß N Gesellschafter als Rechtsnachfolger des A geworden ist, wird im Handelregister nicht kenntlich gemacht.

---

1) BGHZ 81, 82 ff und BGH, NJW 1983, 2258 f

2) BGHZ 81, 82 ff

Der BGH hatte nun zu entscheiden, welche Rechtsfolgen das Vergessen der Eintragung des Rechtsnachfolgevermerks hat. Die zur Bestimmung der Rechtsfolgen möglichen Lösungsansätze sollen im folgenden untersucht werden.

Bei seiner Entscheidung ging der BGH [3] wie selbstverständlich davon aus, daß A seinen Kommanditanteil durch Verfügungsgeschäft auf N übertragen könne. Diese Annahme kann angesichts der heutigen Rechtswirklichkeit nicht überraschen. Allerdings war die Übertragung eines Gesellschaftsanteils durch Verfügungsgeschäft ursprünglich von den Gesetzgebern des Handelsgesetzbuches nicht vorgesehen. Sie kannten einen Wechsel im Gesellschafterbestand nur durch Ein- und Austritt von Kommanditisten. Von dieser Gesetzeslage ausgehend wurde die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Gesellschaftsanteilen durch ein Verfügungsgeschäft zwischen Alt- und Neugesellschaftern lange Zeit in Rechtsprechung [4] und Lehre [5] verneint. Einige hielten zwar eine Übertragung der Mitgliedschaft für zulässig, forderten aber dennoch einen zusätzlichen Aufnahmevertrag

3) BGHZ 81, 82 (84), vergl. zur Lösung des BGH unten S. 44 ff

4) RGZ 83, 312 (314f); RGZ 128, 172 (176); KG, JW 1934, 2699

5) Düringer (Flechtheim) § 130 Anm. 7, unklar § 173 Anm. 2; Groschuff, DR 1943, 975; Haupt/Reinhardt § 18 VI S. 69; in der neueren Literatur: Heymann/Kötter § 130 Anm. 1; Ebert S. 71 ff; Eisenhardt Rdn. 37 S. 40, anders aber Rdn. 113 f S. 126

zwischen den Altgesellschaftern und dem Eintretenden.[6]

Aufnahmevertrag und die Übertragung des Gesellschaftsanteils sind jedoch etwas Gegensätzliches.[7] Wer den Abschluß eines Aufnahmevertrages verlangt, schließt damit die Erhaltung der Mitgliedschaft des Ausscheidenden und deren Übertragung aus.
Die Unzulässigkeit einer Übertragung der Mitgliedschaft durch Verfügungsgeschäft wurde damit begründet, daß Grundlage jeder Personengesellschaft nach § 705 BGB ein Vertrag sei. Der neue Gesellschafter könne nur Vertragspartner durch Abschluß eines Vertrages mit sämtlichen Altgesellschaftern werden.[8] Weiter wurde auf die Struktur der OHG verwiesen, die die Mitgliedschaft als höchstpersönlich ausgestalte und deshalb einer Übertragung entziehe.[9]
Diese Auffassung wird heute in Rechtsprechung und Literatur als überholt angesehen. Der Wandel im Verständnis des Wesens der Personengesellschaft[10] hat dazu geführt, sich die Mitgliedschaft als einheitliche Rechtsposition übertragbar zu

---

6) Staudinger 11. Aufl. (Keßler) § 736 Rdn. 15; A. Hueck, OHG § 27 II 2 S. 289; Wieland, HR S. 612 und 659; Würdinger, PG § 31 II S. 69

7) BGHZ 13, 179 (185); Wiedemann S. 58 f; RGRK (Fischer) § 736 Anm. 5; übernommen RGRK (von Gramm) § 736 Anm. 5; MK (Ulmer) § 719 Rdn. 14; Huber S. 362 f

8) Heymann/Kötter § 130 Anm. 1 S. 451

9) Heymann/Kötter § 130 Anm. 1 S. 452; Ebert S. 81; Haupt/Reinhardt § 18 VI S. 69

10) Grundlegend Flume, ZHR 136 (1972), 177 ff

denken.[11]

Schon 1944 hatte der große Zivilsenat des Reichsgerichts in einer Grundsatzentscheidung[12] einen Kommanditanteil durch Verfügungsgeschäft für übertragbar gehalten. Nach dem heutigen Stand der Dogmatik erkennt das überwiegende Schrifttum die freie Übertragbarkeit der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft an.[13]

B) Rechtslage beim Ein- und Austritt eines Kommanditisten im Gegensatz zur Rechtsnachfolge

Diese Auffassung führt speziell bei Übertragung eines Kommanditanteils zu erheblichen Unterschieden gegenüber dem Austritt eines Kommanditisten und damit zusammenhängendem Eintritt eines neuen Kommanditisten. Liegt ein Ein- und Austritt und keine Rechtsnachfolge vor, so hat sich die

---

11) Wiedemann S. 39 ff; Lutter, AcP 180 (1980), 84 (97ff); anders Hadding, FS für Reinhardt, 249 (256ff); vergl. auch Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (254), der die Übertragbarkeit der Beteiligung als unabhängig von der dogmatischen Einordnung der Mitgliedschaft ansieht.

12) DNotZ 1944, 195 = WM 1964, 1139; Danach: BGHZ 13, 179 (185f); 44, 229 (231); 81, 82 (84); BGH, NJW 1975, 166 (167); NJW 1983, 2258 (2259)

13) Grundlegend Wiedemann S. 48 ff (58f); Huber S.369 ff; Flume PG § 17 S. 345 ff; Reinhardt/ Schulz Rdn. 95 ff; Nitschke S. 42 f; MK (Ulmer) § 719 Rdn. 14 f; Maiberg Rdn. 118; Siegmund/van Venrooy Rdn. 134 ff; unklar Kraft/Kreutz S. 128 f (dreiseitiger Vertrag eigener Art)

Haftungsmasse der Kommanditgesellschaft gegenüber den Altgläubigern um einen Kommanditanteil erhöht, denn der Altkommanditist haftet für Altschulden nach §§ 171 I, 172 IV, 159 HGB fort, während der eintretende Kommanditist nach §§ 171 I, 173 I HGB sowohl den Alt- als auch den Neugläubigern haftet. Die Haftung sowohl des Alt- als auch des Neukommanditisten ist nach § 171 I, 2 HS HGB ausgeschlossen, soweit sie ihre Einlage geleistet haben. Dies führt zu der Frage, für wen die einmal vom Altkommanditisten geleistete Einlage wirkt, wenn der Eintretende an den Ausscheidenden Zahlungen leistet, um dessen Gesellschafterstellung zu erwerben. Nach fast einhelliger Ansicht lebt im Fall des Ein- und Austritts die Haftung des Altkommanditisten nach § 172 IV HGB wieder auf.[14] Dies wird damit begründet, daß die Zahlungen des neuen an den alten die Erfüllung des Abfindungsanspruches des Altkommanditisten gegen die Gesellschaft sei, § 267 BGB, und damit für diesen eine Einlagerückgewähr nach § 172 IV HGB darstelle, während der neue dadurch gegenüber der Gesellschaft seine Einlage nach § 362 II BGB durch Leistung an einen Dritten erbringe.[15] Nach anderer Ansicht steht für die Nichthaftung des neuen der Gesichtspunkt der Einbuchung im Vordergrund.[16] Der neue Kommanditist erbringe seine Einlage dadurch, daß ihm von den verbleibenden Gesellschaftern der Kapi-

---

14) Für eine Haftung des Neukommanditisten wohl Dietrich, DR 1943, 1201 (1203)

15) Vergl. Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (255)

16) Vergl. zur Einbuchung ausführlich Huber S. 200 ff

talanteil des Altgesellschafters eingebucht werde.[17] Für diese zweite Lösung kommt es nicht darauf an, ob der Eintretende an den Ausscheidenden Zahlungen erbracht hat. Entscheidend für die Haftung des Altkommanditisten ist allein der Vorgang des Abbuchens bei ihm und des Zubuchens beim Neukommanditisten.[18]

Im Gegensatz zum Ein- und Austritt führt die Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils dazu, daß weder der Alt- noch der Neukommanditist den Gläubigern haftet, wenn die Rechtsnachfolge im Handelsregister kenntlich gemacht wird.[19] Dies erkläre sich daraus, daß die echte Rechtsnachfolge die Identität des Anteils und das den Gläubigern haftende Gesellschaftskapital nicht berühre. Der Altgesellschafter soll nicht haften, weil er seine Einlage voll erbracht hatte und keine Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen erhielt, die eine Einlagerückwähr darstellen könnte.[20]
Der Neukommanditist hafte nicht, weil er einen durch den Altkommanditisten voll eingezahlten und deshalb haftungsfreien

---

17) So Huber S. 399 und 201 f

18) Siehe dazu RGZ 162, 264 (268)

19) GZS RG, DNotZ 1944, 195 = WM 1964 1130 (1132f); BGHZ 81, 82 (84ff); Weipert, DR 1943, 270 (271ff); Baumbach, § 172 Anm. 3; Reinhardt/Schulz Rdn. 290 ff; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. §173 Rdn. 11; Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 173 Rdn 30 ; Donner, DNotZ 1943, 288 ff; Westermann Rdn. 934ff G. Hueck, GR § 18 VIII c S. 147

20) Zur Begründung der Nichthaftung siehe aber unten S. 48 ff

Kommanditanteil erworben habe.
Die einmalige Erbringung der Einlage durch den Altkommanditisten wirkt also im Ergebnis bei der echten Rechtsnachfolge zu Gunsten des Alt- und des Neukommanditisten.

C) Rechtsnachfolge als eintragungsfähige Tatsache

Ein Problem ergibt sich daraus, daß die Vertragsschließenden grundsätzlich frei entscheiden können, ob sie den Gesellschafterwechsel durch Ein- und Austritt oder Übertragung der Mitgliedschaft vollziehen wollen.[21] Die herrschende Meinung macht deshalb die günstigeren Haftungsfolgen einer Übertragung davon abhängig, daß die Rechtsnachfolge im Handelsregister durch Nachfolgevermerk kenntlich gemacht wird.[22]
Um die Folgen des Fehlens des Nachfolgevermerks zu untersuchen, muß aber zunächst festgestellt werden, ob dessen Eintragung überhaupt zulässig ist.
Im Handelsregister eingetragen werden können nur eintragungsfähige Tatsachen.[23] Was eintragungsfähig ist, bestimmt grundsätzlich das Gesetz,[24] insbesondere das Handelsgesetzbuch. Die Eintragungsfähigkeit kann in der Regel weder durch die

---

21) Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (254)
22) GZS BG, WM 1964, 1130 (1133); Weipert, DR 1943, 270 (274); Donner, DR 1943, 971 (974); Kellert, Rpfleger 1951, 427 (438)
23) Schmidt, HR § 13 I S. 289
24) Gierke/Sandrock, § 11 II 2 S. 143

Antragsteller noch den Registerrichter erweitert werden.[25] Das Handelsgesetzbuch sagt nichts über die Eintragung eines Nachfolgevermerks aus, sondern verlangt in §§ 107, 143 II, 162 III HGB nur die Eintragung des Ein- oder Austritts von Gesellschaftern.
Daraus ist dann auch gefolgert worden, daß die Eintragung eines Nachfolgevermerks nicht zulässig sei.[26] Aus der Nichterwähnung des Nachfolgevermerks im Handelsgesetzbuch läßt sich die Unzulässigkeit seiner Eintragung nicht zwingend folgern. Zum Zeitpunkt der Entstehung des Handelsgesetzbuches war die Übertragung von Gesellschaftsanteilen durch Verfügungsgeschäft noch nicht anerkannt und deshalb im Handelsgesetzbuch nicht vorgesehen. Eine Eintragungspflicht konnte deshalb nicht statuiert werden. Die Rechtsentwicklung hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit sollte aber nicht auf dem Stand von 1897 konserviert werden. Es ist vielmehr anzunehmen, daß der Kreis der eintragungsfähigen Tatsachen durch richterliche Rechtsfortbildung erweitert werden kann.[27] Da die Rechtsprechung die Übertragung der Mitgliedschaft durch Verfügungsgeschäft zwischenzeitlich zugelassen hat, muß anhand des Zwecks des Handelsregisters untersucht werden, ob diese Besonderheit im Handelsregister kenntlich zu machen ist.

---

25) Ehrenberg S. 530

26) Groschuff, DR 1943, 975

27) Hüffer in GK HGB 4. Aufl. § 8 Rdn. 31

Das Handelsregister dient vor allem dazu, umfassend Auskunft über Tatsachen zu geben, die für den Rechtsverkehr wichtig sind,[28] daneben dem Interesse des Kaufmanns, seine Haftung durch Eintragung auszuschließen.[29]

Eintragungsfähig ist eine Tatsache, wenn ein Bedürfnis für ihre Publizität besteht.[30] Ein solches Bedürfnis ergibt sich, wenn die Gefahr besteht, daß Dritte irregeführt werden.[31] Diese Gefahr könnte darin liegen, daß ein Gläubiger an eine Erhöhung des haftenden Kapitals um eine Kommanditeinlage glaubt, wie sie bei einem Ein-und Austritt vorläge.
Das Kammergericht[32] hat einer solchen Irrtumsmöglichkeit die für ein Eintragungsbedürfnis nötige Relevanz abgesprochen. Ein Neugläubiger könne nicht mit einer Erhöhung des Kommanditkapitals rechnen, weil ihm der Altkommanditist nicht hafte, wenn sein Austritt eingetragen sei, und der Altgläubiger könne mit einer Erweiterung der Haftungsgrundlage zum Zeitpunkt seines Forderungserwerbs nicht rechnen.
Dieser Auffassung ist das Reichsgericht zu Recht nicht gefolgt,[33] weil nach seiner damaligen und heute einhelligen Meinung mit Eintragung eines Rechtsnachfolgevermerks die haftungsfreie Übertragung einer

---

28) Schmidt, HR § 13 I a S. 288
29) Ehrenberg S. 532
30) GZS RG, WM 1964, 1130 (1131)
31) KG, DNotZ 1943, 300 (302); GZS RG, WM 1964, 1130 (1132)
32) KG, DNotZ 1943; 300 (302)
33) GZS RG, WM 1964, 1130 f

Kommanditeinlage möglich ist.[34] Wäre eine solche haftungsfreie Übertragung auch ohne Eintragung eines auf diese Haftungsfreiheit hinweisenden Vermerks möglich, bestünde die Gefahr, daß sich ein Dritter über den Rechtsvorgang irrte. Er könnte meinen, daß statt der tatsächlich vorliegenden haftungsfreien Übertragung nur ein Aus- und Eintritt vorläge, wie ihn das Handelsregister mangels Eintragung der Rechtsnachfolge verlautbart.
Ein Neugläubiger könnte dadurch veranlaßt werden, Kredit zu geben, weil es für ihn einen Unterschied macht, ob den Altgläubigern zur Befriedigung nur das ursprüngliche Gesellschaftsvermögen oder dieses erhöht um die Einlage des neuen Kommanditisten offensteht.[35]
Für Altgläubiger hingegen kann die Erhöhung des Kapitals, wie sie sich beim Ein- und Austritt vollzieht, Grund zur Nachsicht bei der Durchsetzung von Forderungen sein. Daneben besteht für den Altgläubiger ein Informationsbedürfnis insoweit, als er beim Ein- und Austritt den Altkommanditisten wegen seiner Forderung in Anspruch nehmen kann, was er bei einer haftungsfreien Übertragung des Anteils nicht könnte.[36]

---

34) GZS RG, WM 1964, 1130 (1132); BGHZ 81, 82 (84ff); Baumbach, § 172 Anm. 3; Westermann Rdn. 934 ff; Donner, DNotZ 1943, 288 ff; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 173 Rdn. 11; Weipert, DR 1943, 270 (271ff); Reinhardt/Schulz Rdn. 290 ff

35) GZS RG, WM 1964, 1130 (1132); vorher schon Donner, DR 1943, 971 (974)

36) So Jeschke, DB 1983, 541 (542)

Schließlich haben auch die beteiligten Gesellschafter ein Interesse an der Eintragung, um klar zu dokumentieren, daß eine haftungsfreie Übertragung des Kommanditanteils gewollt ist, und um sich vor unberechtigten Ansprüchen der Gläubiger zu schützen.[37]
Diese Erwägungen begründen ein Bedürfnis nach Kenntlichmachung der gewollten haftungsfreien Übertragung durch Eintragung eines Nachfolgevermerks im Handelsregister. Nach den oben[38] dargelegten Aufgaben des Handelsregisters ist ein Nachfolgevermerk zumindest als im Handelsregister eintragungsfähig anzusehen.[39]

D) Rechtslage bei vergessenem Nachfolgevermerk

Fraglich ist jedoch, wie sich die Rechtslage darstellt, wenn, wie in unserem oben[40] geschilderten Fall, die Eintragung des Nachfolgevermerks unterbleibt. Hierbei sind folgende Lösungsmöglichkeiten zu unterscheiden:

---

37) Richtig Donner, DR 1943, 971 (974)

38) S. o. S. 9

39) H. M. vergl. nur: Richert, NJW 1958, 1472 (1475) Eckert, ZHR 147 (1983), 565 (568); Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (254); a. A. Siegmund/van Venrooy Rdn. 341; Spindelhirn, DB 1983, 271 (272)

40) Siehe S. 1

1) Eintragung als konstitutiv für Vorliegen der Rechtsnachfolge

Zunächst könnte man die Eintragung als konstitutiv [41] für die Wirksamkeit der Übertragung des Anteils ansehen. Fehlte er, so läge lediglich der Eintritt und der Austritt eines Kommanditisten mit den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen vor, [42] so daß in unserem Beispiel N nicht Rechtsnachfolger des A geworden wäre, sondern nur ein Eintritt des N als Kommanditist in die Gesellschaft und ein Austritt des A vorliegen würde. Diese Auffassung lag im Ergebnis einer Entscheidung des Reichsgerichts [43] zugrunde, die die Haftung des Altkommanditisten unbeschränkt gegenüber einem Altgläubiger wieder aufleben ließ, weil sein Anteil von seinem Kapitalkonto abgebucht und auf das Konto des Neukommanditisten umgebucht worden war. Für diese Entscheidung spielte es keine Rolle, ob der Neukommanditist an den Altkommanditisten Zahlungen geleistet hatte. Auch Einschränkungen, die geboten gewesen wären, wenn man die Haftung des Altkommanditisten nur aus Rechtsscheinsgesichtspunkten wieder aufleben lassen wollte, [44] finden in der Entscheidung des Reichsgerichts keine Erwähnung. Daraus läßt sich nur schließen, daß das Reichsgericht den Nachfolgevermerk als konstitutiv für die Rechtsnachfolge

---

41) Zu kostitutiven Eintragungen vergl. Schmidt, HR § 13 II

42) Vergl. oben S. 4 ff

43) RGZ 162, 264 (269); vergl. auch Huber S. 401

44) Siehe dazu genauer unten S. 23 f

ansah und bei Nichteintragung die Gesellschafter so behandelte, als sei einer eingetreten und der andere ausgeschieden. Fraglich ist, ob der Eintragung des Rechtsnachfolgevermerks tatsächlich eine soweit gehende Wirkung zukommt.

Ein Indiz für eine konstitutive Wirkung der Eintragung des Nachfolgevermerks könnte sich aus einem Vergleich mit anderen Eintragungen im Handelsregister ergeben, wenn diese einen vergleichbaren Grundgedanken enthielten.
Nach §§ 2, 1 II, 123 II HGB ist die Eintragung im Handelsregister für die Kaufmannseigenschaft des Soll-Kaufmanns oder für die Entstehung der Gesellschaft bei der Soll-Handelsgesellschaft notwendig, also konstitutiv. Die GmbH entsteht nach § 11 I GmbHG erst mit Eintragung. Diese Eintragungen sind jedoch mit der Eintragung des Rechtsnachfolgevermerks nicht zu vergleichen. Bei ihnen wird die Eigenschaft einer Person (als Kaufmann) oder einer Personengruppe[45] (als Gesellschaft) von der Eintragung im Handelsregister abhängig gemacht. Demgegenüber geht es bei der Übertragung des Kommanditanteils um die Wirksamkeit einer Verfügung, auch wenn damit sekundär Statusfragen (als Gesellschafter) zusammenhängen. Es ist jedoch kein Fall ersichtlich, in dem das Handelsrecht die Wirksamkeit einer Verfügung von der Eintragung im Handelsregister abhängig macht.
Als weiterer Vergleichsmaßstab kommen die

45) Abgesehen von der Ein - Mann GmbH

Eintragungsforderungen in §§ 176 I und 25 II HGB in Betracht. Der Kommanditist einer Kommanditgesellschaft mit Grundhandelsgewerbe haftet nach § 126 I HGB bis zu seiner Eintragung grundsätzlich unbeschränkt. Der zwischen dem Inhaber und dem Erwerber eines Handelsgeschäfts vereinbarte Haftungsausschluß für Verbindlichkeiten des Geschäfts wirkt nach § 25 II HGB nur gegenüber Dritten, wenn er eingetragen und bekanntgemacht worden ist.[46]
Auch diese Gruppe der Haftungsbeschränkungen durch Eintragung kann nicht zur Begründung einer konstitutiven Wirkung des Rechtsnachfolgevermerks herangezogen werden, weil sie selbst nicht konstitutiv, sondern allenfalls teilkonstitutiv sind. Bei § 176 I HGB ergibt sich eine Haftungsbeschränkung auch bei Kenntnis des Gläubigers von der Kommanditistenstellung und bei § 25 II HGB durch Mitteilung des vereinbarten Haftungsausschlusses vom Veräußerer an den Dritten.
Als Vergleichsfall für die Wirkung der Eintragung kommt deshalb nur noch die Eintragung des Kommanditisten bei Eintritt in die Gesellschaft nach §§ 107, 161 II HGB in Betracht. Zwar bestehen zwischen dem Beitritt zu einer Kommanditgesellschaft und der Rechtsnachfolge in einen Kommanditanteil erhebliche Unterschiede.[47] Im Ergebnis ähneln sich aber beide Fälle insoweit, als daß bei beiden ein neuer Kommanditist Mitglied der Gesellschaft

---

46) Zur Mitteilung siehe sogleich

47) Siehe oben S. 4 ff

geworden ist. Trotzdem vermag der Fall der Eintragung beim Beitritt zur Gesellschaft keine Stütze für die Annahme einer konstitutiven Wirkung des Rechtsnachfolgevermerks darzustellen, weil die Eintragung beim Beitritt zu einer Kommanditgesellschaft nur deklaratorisch ist und dieser Beitritt auch ohne Eintragung voll wirksam ist. [48)]

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß ein Vergleich zu sonstigen Eintragungen im Handelsrecht für eine konstitutive Wirkung des Rechtsnachfolgevermerks nichts hergibt.

Die Übertragung der Mitgliedschaft geschieht durch Verfügungsgeschäft. Es ist deshalb zusätzlich zu untersuchen, ob sich aus der allgemeinen Lehre über Verfügungsgeschäfte Anhaltspunkte für eine konstitutive Wirkung des Nachfolgevermerks herleiten lassen.
Zur Wirksamkeit eines Verfügungsgeschäfts ist es nötig, daß der Verfügende Verfügungsmacht über den Gegenstand der Ver-

---

48) Dies ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 123 HGB (vergl. dazu Fischer in GK HGB 3. Aufl. § 130 Anm. 22), so daß der Beitritt mit Fortführung der Geschäfte voll wirksam ist (vergl. auch Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 21). Die spätere Eintragung des Beitritts ist dann rein deklaratorisch. Einer Zustimmung zur Fortführung der Geschäfte bedarf es allerdings nicht, weil derjenige, der in eine werbende Gesellschaft eintritt, nicht verlangen kann, daß sie ihre Geschäfte unterbricht. Vergl. dazu Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 (195) und ausführlich unten S. 111 ff im Rahmen von § 176.

fügung hat.[49] Daneben reicht grundsätzlich die Einigkeit des Verfügenden mit dem Erwerber zur Wirksamkeit der Verfügung aus. Von diesem Grundsatz kennt das geltende Privatrecht Ausnahmen. So bedarf die Einigung bei Übertragung eines Grundstückes nach § 925 I BGB notarieller Form und die Abtretung einer Hypothekenforderung nach § 1154 I BGB der Schriftform. Die Eintragung in ein öffentliches Register als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Verfügung ist sehr selten. Sie wird in § 873 I BGB für alle Verfügungen im Zusammenhang mit einem Grundstück verlangt. Dagegen sind die Eintragungen im Güterrechtsregister niemals konstitutiv.[50] Die Eintragung ins Grundbuch als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Verfügung über Grundstücke nimmt in unserem Recht eine Sonderstellung ein. Sie erklärt sich aus der besonderen Bedeutung, die Grund und Boden als Existenzsicherung für den einzelnen und die Allgemeinheit haben.[51] Diese besondere Stellung des Grundbesitzes im Rechtsleben ist auf Gesellschaftsanteile an Personengesellschaften nicht übertragbar. Für deren Übertragung bleibt es deshalb bei dem Grundsatz, daß Verfügungen bei Verfügungsmacht des Verfügenden und Einigkeit mit dem Erwerber formlos gültig sind.

---

49) Larenz, AT § 18 II c

50) Gernhuber, FR § 33 I 1

51) Vergl. dazu Baur, SR § 2 II und § 14 I; Westermann, SR § 69 I

Somit ist die Übertragung der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft durch Verfügungsgeschäft auch ohne Eintragung der Rechtsnachfolge im Handelsregister wirksam.[52]

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird gestützt, weil sonst der Altkommanditist nach der Übertragung sich noch darauf berufen könnte, die Rechtsnachfolge sei mangels Eintragung unwirksam, eine Umdeutung in einen haftungsbegründenden Ein- und Austritt entspreche nicht dem Willen der Parteien, und er sei in Wirklichkeit noch Gesellschafter. Dieses Ergebnis würde jedoch den Interessen keines der Beteiligten gerecht.
Der Nachfolgevermerk ist somit nicht konstitutiv für die Wirksamkeit der Rechtsnachfolge.

2) Rechtsscheinshaftung des Neukommanditisten

Eine andere Ansicht[53] sieht die Lösung des Problems des vergessenen Nachfolgevermerks in einer Rechtsscheinshaftung des Neukommanditisten, so daß in unserem Beispiel N den Gläubigern haften müßte. Durch den fehlenden Rechtsnachfolgevermerk werde der Rechtsschein einer Verdoppelung der

---

52) So auch Huber, ZGR 1984, 146 (157) Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 173 Rdn. 27 und 35; Axer, S. 227f

53) Weipert, DR 1943, 270 (275); Kellert, Rpfleger 1951, 427 (438); Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 173 Anm. 27; Westermann Rdn. 936; Schlegelberger (Geßler), 4. Aufl. § 173 Rdn. 11 a. E.

Haftsumme gesetzt. Dieser Schein der Verdoppelung gehe zu Lasten des neu Eingetretenen,[54] so daß er trotz Erwerbs des Kommanditanteils den Gläubigern bis zur Höhe seiner Haftsumme mit dem Privatvermögen haften müsse. Dies wird damit begründet, daß sich die Kommanditisten so behandeln lassen müßten, als wäre ein Kommanditist ausgeschieden und ein neuer Kommanditist eingetreten.[55] Der Altkommanditist habe jedoch seine Einlage erbracht und könne deshalb von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden, weil die Umbuchung seines Anteils auf den neuen ein rein interner Vorgang sei.[56] Außerdem setze eine Inanspruchnahme des Altkommanditisten eine Rückzahlung seiner Einlage an ihn voraus. Selbst wenn man diese Rückzahlung in der Umbuchung sähe, könne der Gläubiger sich darauf nicht berufen, weil, wenn ihm die Umbuchung bei Erwerb seiner Forderung bekannt gewesen wäre, er auch die Rechtsnachfolge gekannt hätte, so daß er sich auf die fehlende Eintragung der Rechtsnachfolge nicht berufen könne[57].
Ferner sei das Register hinsichtlich der Stellung des Ausgeschiedenen richtig, weil mehr als sein Ausscheiden nicht einzutragen sei, und nur hinsichtlich des neueinge-

---

54) Weipert, DR 1943, 270 (275); Kellert, Rpfleger 1951, 427 (438); Schilling in GK HGB § 173 Anm. 27; Westermann Rdn. 936; Schlegelberger (Geßler), 4. Aufl. § 173 Rdn 11 a. E.

55) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 173 Anm. 27

56) Weipert in GK HGB 2. Aufl. § 173 Anm. 24

57) Kellert, Rpfleger 1951, 427 (438)

tretenen falsch, weil er, anders als ersichtlich, nicht mit einer neuen Einlage beigetreten sei. Der neu eingetretene habe deshalb die unrichtige Eintragung Dritten gegenüber verursacht.[58] Daneben sei ein wünschenswerter Schutz der Neugläubiger nur möglich, wenn man die Haftung des neuen Kommanditisten bejahe, weil der Altkommanditist nach Eintragung seines Ausscheidens nur den Altgläubigern hafte, aber auch Neugläubiger durch die fehlerhafte Eintragung getäuscht werden könnten.[59]

Diese Gründe bedürfen der Überprüfung. Bei fehlendem Nachfolgevermerk sollen die Kommanditisten behandelt werden wie bei getrenntem Ein- und Austritt. Das führt nicht zu einer Haftung des neuen Kommanditisten, sondern, wie oben gezeigt,[60] zu einer Haftung ausschließlich des Altkommanditisten. Das folgt daraus, daß auch bei einem getrennten Ein- und Austritt der neue Gesellschafter seine Einlage erbringen kann, indem ihm die Einlage des Altkommanditisten umgebucht wird.[61] Durch diese Umbuchung lebt dann die Haftung des Altkommanditisten nach § 172 IV HGB wieder auf.

Der neue Kommanditist muß auch nicht deshalb haften, weil sonst keiner von beiden haftete, da der Altkommanditist zwangsläufig nie haften könne, weil sich ein

---

58) Weipert, DR 1943, 270 (275)

59) Kellert, Rpfleger 1951, 427 (438); Weipert, DR 1943, 270 (275)

60) Siehe oben S. 4 ff

61) Huber S. 201

Gläubiger gegenüber dem Altkommanditisten nie auf eine Umbuchung des Anteils berufen könne, ohne Kenntnis von der Umbuchung und damit der Rechtsnachfolge zu haben.
Für eine Haftung des Neukommanditisten ist nämlich nicht entscheidend, ob der Altkommanditist haftet oder dessen Haftung ausgeschlossen ist.
Maßgeblich für die Haftung des Neukommanditisten ist allein, ob er sich gegenüber den Gläubigern, die ihn in Anspruch nehmen wollen, auf den Erwerb eines haftungsfreien Anteils berufen kann oder ob eine solche Berufung aus Rechtsscheinsgesichtspunkten verneint werden muß.

Eine Berufung auf den Erwerb kann nicht damit verneint werden, er habe den Rechtsschein einer zusätzlichen Einlage verursacht und müsse sich daran festhalten lassen. Richtig ist daran, daß entgegen der Absicht des Alt- und des Neukommanditisten eine Verdoppelung ihrer Haftsumme im Handelsregister dokumentiert ist. Dagegen sagt das Handelsregister nichts darüber aus, ob und inwieweit auf eine dieser Haftsummen Leistungen erbracht worden sind, die eine Haftung ausschließen könnten.[62] Da der Neukommanditist aber mit dem Altkommanditisten vereinbart hat, daß dessen Einlage auf ihn übergehen und zur Abdeckung seiner Einlageverpflichtung dienen soll, hat der Neukommanditist seine Einlage er-

---

62) BGHZ 81, 82 (87ff); ebenso: Huber, ZGR 1984, 146 (152ff); Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 173 Rdn. 35; Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (258). Eckert ZHR 147 (1983), 565 (570)

bracht und haftet nicht mehr.[63]

Diese tatsächliche Einlageleistung durch Erwerb einer bestehenden Einlage ist genausowenig eintragungsbedürftig und eintragungsfähig wie die Erbringung der Einlage durch Zahlung von Geld. Insoweit kann kein falscher Rechtsschein entstanden sein, weil ein Vertrauen des Gläubigers, auf eine eingetragene Haftsumme sei noch keine Einlageleistung erbracht, nicht geschützt wird. Rechtsscheinsgesichtspunkte stehen deshalb einer Berufung des Neukommanditisten auf den Erwerb einer haftungsfreien Einlage nicht entgegen.
Damit bleibt festzuhalten, daß bei Übertragung eines Gesellschaftsanteils und fehlendem Nachfolgevermerk eine Rechtsscheinshaftung des Neukommanditisten in jedem Fall ausscheidet.

3) Rechtsscheinshaftung des Altkommanditisten

Dies kann folgerichtig nach Rechtsscheinsgesichtspunkten nur dazu führen, daß der Eindruck der Verdoppelung der Haftsumme zu Lasten des Altkommanditisten geht, es sei denn, man ist der Auffassung, daß bei fehlendem Nachfolgevermerk weder der Alt-noch der Neukommanditist haften müßten. Dies wird von Siegmund/van Venrooy vertre-

63) BGHZ 81, 82 (87ff); Huber, ZGR 1984, 146 (152ff); Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (258); Eckert, ZHR 147 (1983), 565 (570)

ten.[64] Sie sind der Auffassung, der Neukommanditist hafte nicht, weil er die Rechtsstellung des Altkommanditisten erworben habe. Der Altkommanditist hafte nicht, weil er ehemals seine Einlage erbracht hatte.

Diese Ansicht kann nicht überzeugen. Sie würde dazu führen, daß eine Eintragung des Rechtsnachfolgevermerks überflüssig würde, weil die Stellung des Gläubigers die gleiche wäre, unabhängig davon, ob ein Rechtsnachfolgevermerk eingetragen würde. In beiden Fällen würde ihm weder der Alt- noch der Neukommanditist haften. Die Übertragung der Einlage kann aber nur haftungsfrei geschehen, wenn dies nach außen dokumentiert wird. Ansonsten könnte der Gläubiger nur ersehen, daß ein Gesellschafter aus- und einer eingetreten ist, was eine Erhöhung des haftenden Kapitals bedeutet hätte. Hat eine solche Erhöhung tatsächlich nicht stattgefunden, ist sie aber im Handelregister dokumentiert, kann dies nach Registerrechtsgrundsätzen nicht zu Lasten des Gläubigers als Drittem, sondern nur zu Lasten der für die Eintragung verantwortlichen Gesellschafter gehen. Da aber die Haftung des Neukommanditisten, wie oben gezeigt, ausscheidet, bleibt nach Rechtsscheinsgesichtspunkten nur eine Haftung des Altkommanditisten übrig, so daß in unserem Beispiel A haften müßte.

Ihn würde eine Haftung aus veranlaßtem

---

64) S. 196 Rdn. 341

Rechtsschein im Rahmen des § 15 I HGB treffen,[65] weil er sich auf eine haftungsfreie Übertragung des Anteils mangels Eintragung der Rechtssnachfolge gegenüber den Gläubigern nicht berufen dürfte.
Diese Haftung nach Rechtsscheinsgesichtspunkten besteht jedoch nicht uneingeschränkt. Zunächst kann der Altkommanditist nur von den Altgläubigern in Anspruch genommen werden, weil die Eintragung seines Austritts gegenüber den Neugläubigern wirkt.[66] Daneben ist eine Rechtsscheinshaftung aus § 15 I HGB auch gegenüber den Altgläubigern zweifelhaft. Zwar setzt § 15 I HGB nicht voraus, daß der Dritte in der konkreten Situation wirklich vertraut hat und sich durch dieses Vertrauen zu Maßnahmen motivieren ließ.[67] Andererseits sind die Grenzen des § 15 I HGB erreicht, wenn die Möglichkeit des Vertrauens des Dritten typischerweise ausgeschlossen ist.[68]
Zum Zeitpunkt des Forderungserwerbs des Altgläubigers gab das Register jedoch den wirklichen Stand der Beteiligung korrekt wieder. Zu diesem Zeitpunkt konnte der Altgläubiger nicht mit einem späteren Kommanditistenwechsel rechnen. Eine Rechtsscheinshaftung des Altkommanditisten gegenüber den Altgläubigern ist deshalb grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, der Altgläubiger hat nach dem Gesellschafter-

---

65) So Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (258); Eckert, ZHR 147 (1983), 565 (571)
66) Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (258)
67) Hüffer in GK HGB 4. Aufl. § 15 Rdn. 24
68) Ähnlich Eckert, ZHR 147 (1983), 567 (572)

wechsel noch Maßnahmen bezüglich seiner Forderung ergriffen.[69]

Letztendlich käme es somit nach dieser Auffassung im Regelfall weder zu einer Haftung des Neukommanditisten noch des Altkommanditisten.

4) Haftung des Altkommanditisten aus § 172 IV als Sanktion für Nichteintragung

Dieses Ergebnis ist sicherlich folgerichtig, wenn man die Haftung des Altkommanditisten als reine Rechtsscheinshaftung im Rahmen des § 15 I HGB einordnet.[70] Das ist aber nicht zwingend. Eine Haftung des Altkommanditisten könnte sich auch aus § 172 IV HGB ergeben.
Diese Auffassung wird von Huber vertreten.[71] Er meint, eine Haftung des Altkommanditisten aus § 172 IV HGB bestehe immer dann unabhängig von Rechtsscheinsgesichtspunkten, wenn er seinen Anteil an einen Dritten abtrete, ohne daß die Rechtsnachfolge im Handelsregister eingetragen

---

69) So schon KG, DNotZ 1943, 300 (302) in seiner Entscheidung zur Ablehnung der Eintragungsfähigkeit eines Rechtsnachfolgevermerks; weiterhin: Schmidt GmbHRdsch 1981, 253 (258); Eckert, ZHR 147 (1983) 565 (572)

70) Gegen die Möglichkeit einer Rechtsscheinshaftung des Altkommanditisten aber Axer S. 232. Er knüpft die Haftung des Altkommanditisten allein an die durch ihn unterlassene Publizierung der Rechtsnachfolge im Register.

71) Huber, ZGR 1984, 146 (156f)

werde. Dabei sieht er die Haftung als Sanktion für die Nichteintragung der Rechtsnachfolge an, weil nur so der Rechtspflicht zur Eintragung Nachdruck verliehen werden könne.

Diese Begründung ist bedenklich. Selbst wenn man das Wiederaufleben der Haftung des Altkommanditisten bei fehlendem Nachfolgevermerk nur als Haftungsfolge zivilrechtlicher Verantwortung ansieht,[72] muß den Betroffenen für den Fehler eine Verantwortung treffen, damit dieser ihm zugerechnet werden kann. An einer solchen Verantwortung fehlt es, wenn die Eintragung des Rechtsnachfolgevermerks aufgrund einer Amtspflichtverletzung unterbleibt. Der Fehler kann dem Betroffenen dann nicht zugerechnet werden, weil er keinen Einfluß auf seine Entstehung oder Vermeidung hatte.

Die Lösung von Huber sieht für einen solchen Fall keine Ausnahme vor.[73] Er knüpft die Sanktion allein an die Tatsache der Nichteintragung. Dies läßt sich jedoch nicht mit einem Sanktionscharakter des Verlusts der Haftungsbeschränkung vereinbaren.

Daneben ist darauf zu verweisen, daß Sanktionsvorschriften nach heutigem Stand der Dogmatik im Zivilrecht einen Fremdkörper darstellen.[74] Auch im Rahmen des § 176 HGB hat sich die Ansicht vom Sanktionscharakter der Norm zu Recht nicht durchsetzen können, sondern man legt § 176 HGB

---

72) So Crezelius, BB 1983, 5 (7); ähnlich Schmidt, ZHR 144 (1981), 192 (193 Fußn. 6)

73) Vergl. ZGR 1984, 146 (156)

74) So Honsell S. 58 für § 817 BGB

eine andere Bedeutung bei.[75]

Ein Wiederaufleben der Haftung nach § 172 IV HGB bei Nichteintragung eines Nachfolgevermerks sollte deshalb nicht als Sanktion eingeordnet werden.

5) Haftung des Altkommanditisten aus § 172 IV wegen Entzugs seiner Einlage

Es bleibt zu untersuchen, ob sich die Anwendung von § 172 IV HGB aus dem Sinn der Vorschrift ergibt, ohne daß man zur Begründung auf Sanktionserwägungen abstellen müßte.

§ 172 IV HGB regelt die Problematik der Rückzahlung der Einlage an einen Kommanditisten. Eine solche Regelung war als Ergänzung zu § 171 I, 2 HS HGB nötig, um deutlich zu machen, daß nicht die Leistung, sondern nur die Leistung und Belassung der Einlage im Gesellschaftsvermögen die Haftung des Kommanditisten ausschließt.[76]

a) Herkömmliche Auffassung zur Rückzahlung nach § 172 IV

Als Rückzahlung wurde dabei mehrheitlich bisher jede tatsächliche Zuwendung an den Kommanditisten aus dem Vermögen der Gesellschaft ohne gleichwertige Gegenleistung angesehen.[77] Dabei war der Grund für das Wiederaufleben der Haftung die Verkürzung

---

75) Siehe dazu unten S. 81f

76) Bohnenberg § 172 Anm. V

77) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 172 Anm. 29; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 172 Rdn. 16

der Haftungsmasse zu Lasten der Gläubiger.[78] Demzufolge lag bei der Übertragung einer Kommanditbeteiligung keine Rückgewähr vor, weil das Gesellschaftsvermögen nicht tangiert wurde.[79]

b) System der Kommanditistenhaftung in §§ 171, 172

Es ist zu prüfen, ob wirklich nur eine Entziehung von Vermögenswerten ohne Gegenleistung eine Rückgewähr im Sinne des § 172 IV HGB darstellt oder ob ein Wiederaufleben der Haftung aus § 172 IV HGB auch ohne tatsächlichen Vermögensabfluß aus dem Gesellschaftsvermögen angenommen werden kann.

Die erste Alternative hat der BGH[80] im Anschluß an die herrschende Lehre[81] vertreten, um zu begründen, daß die Umwandlung der Einlage in ein Darlehen keine Rückgewähr nach § 172 IV HGB darstellt. In dem zugrundeliegenden Fall hatte ein ausgeschiedener Kommanditist seine ursprüngliche Einlage in ein Darlehen umgewandelt und von der Gesellschaft mit 17 % verzinsen lassen.

---

78) Vergl. nur Schilling in GK HGB § 172 Rdn. 29

79) Weipert, DR 1943, 270 (273); Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 172 Anm. 30 a. E.

80) BGHZ 39, 319 (331)

81) Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 172 Rdn. 19; Weipert in GK HGB 2. Aufl. § 172 Rdn. 31; Düringer (Flechtheim) § 172 Anm. 10; Baumbach §172, 2 B; Bohnenberg § 172 V

Es ist zweifelhaft, ob die Auffassung, diese Umwandlung sei keine Rückgewähr nach § 172 IV HGB, mit dem Institut der Kommanditistenhaftung und dem System der §§ 171, 172 HGB in Einklang steht. Es ist deshalb zu untersuchen, welche Möglichkeiten es für den Kommanditisten gibt, seine persönliche Haftung auszuschließen. Hat man diese Möglichkeit eingegrenzt, kann man daraus dann schließen, welche Handlungen umgekehrt diese Haftung wieder aufleben lassen.

Nach § 171 I HGB gibt es für den Kommanditisten verschiedene Möglichkeiten, seine persönliche Haftung zu beenden. Der Kommanditist kann in Höhe der für ihn eingetragenen Haftsumme Gläubiger befriedigen. Dann ist der Kommanditist zwar von den Gläubigern persönlich in Anspruch genommen worden. Da seine Haftung aber auf die Höhe seiner Haftsumme beschränkt ist, ist die persönliche Weiterhaftung des Kommanditisten nunmehr ausgeschlossen, weil seine beschränkte persönliche Haftung wegen der Inanspruchnahme durch die Gläubiger voll ausgeschöpft ist.
Der eigentliche Fall des Ausschlusses der persönlichen Haftung ist die Leistung der Einlage, die wertmäßig die Höhe der Haftsumme erreichen muß (§ 172 I HGB). Zu prüfen ist deshalb, was eine Einlageleistung im Sinne des Gesetzes darstellt, um zu erkennen, was eine Rückzahlung der Einlage mit der Folge des Wiederauflebens der Haftung nach § 172 IV HGB darstellen kann.

aa) Begriff der Einlageleistung

Eine Einlageleistung soll dann vorliegen, wenn der Kommanditist der Gesellschaft Vermögenswerte in Höhe der Haftsumme zugeführt hat.[82] Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. Richtigerweise wird nämlich der Gewährung eines Darlehens oder dem Verkauf einer Sache unter Stundung des Kaufpreises keine Einlagewirkung zugestanden.[83] Man wird deshalb auf die der Leistung an die Gesellschaft zugrundeliegende Kausalvereinbarung abzustellen haben. Danach ist Einlageleistung im Sinne von § 171 I HGB nur dasjenige, was der Kommanditist als Einlage nach dem Gesellschaftsvertrag schuldet und deshalb der Gesellschaft als Einlage erbringt.[84] Der Unterschied wird deutlich, wenn der Kommanditist als Einlage eine Sacheinlage im Wert von 50.000 DM schuldet. Der Kommanditist kann dann seine Einlageverpflichtung nicht dadurch erfüllen, daß er der Gesellschaft Vermögenswerte im Wert von 50.000 DM zur Verfügung stellt, sondern nur durch Leistung der versprochenen Einlage. Das besagt jedoch andererseits nicht, daß mit Erbringung dieser versprochenen Einlage die Haftung automatisch vollständig ausgeschlossen ist. Die im Handelsregister ein-

---

82) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 171 Anm. 13; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 171 Rdn. 10

83) Schilling in GK HGB § 171 Anm. 13 a

84) Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl.§ 171 Rdn.48; ders., GR § 54 II, 2; ders., Einlage S. 26; Keuk, ZHR 135 (1971), 410 (416); Günter S. 15 ff

getragene Haftsumme kann höher sein als die Einlageverpflichtung. Dann ist die Haftung nur in Höhe der Einlageleistung ausgeschlossen (vgl. § 172 I HGB.).

bb) Leistung auf die Haftung als zweite Möglichkeit für Haftungsausschluß

Es ist den Kommanditisten in diesem Fall möglich, den überschiessenden Betrag der Gesellschaft in bar zur Verfügung zu stellen und so praktisch durch eine Leistung auf die Haftung diese auszuschliessen.[85] Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Kommanditist zu dieser Leistung auf die Haftung im Gegensatz zur Einlageleistung gegenüber der Gesellschaft nicht verpflichtet ist.
Die Leistung auf die Haftung ähnelt dem Ausschluß der Weiterhaftung durch Gläubigerbefriedigung nach § 171 I, 1 HS HGB. Auch dort leistet der Kommanditist auf die Haftung und schließt bei Erreichen der Haftsumme seine weitere Haftung aus. Diese Möglichkeit der Leistung auf die Haftung muß ihm auch offenstehen, wenn er seine vertraglich vereinbarte Sacheinlage aus tatsächlichen Gründen nicht erbringen kann, aber seine Haftung gegenüber den Gläubigern schon ausschließen will.[86]

---

85) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 171 Anm. 21; Westermann, Rdn. 920; Schmidt, GR, § 54 II, 2

86) Einschränkend Schmidt, Einlage S. 40, der eine Leistung auf die Haftung durch Zahlung an die Gesellschaft nur zulassen will, falls die Haftsumme den Wert der Einlage übersteigt (vergl. bei ihm a.a.O. Fußn. 2). Er übersieht, daß ein

Allerdings besteht die Möglichkeit zum Haftungsausschluß durch Leistung auf die Haftung ins Gesellschaftsvermögen nicht uneingeschränkt. Der Kommanditist ist verpflichtet, zunächst die der Gesellschaft versprochene Einlage zu erbringen und auf diesem Wege seine Haftung auszuschließen. Er darf nicht die Möglichkeit haben, sich seiner vertraglich vereinbarten Einlageverpflichtung zu entziehen, indem er in jedem Fall die Möglichkeit eines Ausschlusses der persönlichen Haftung durch Leistung auf die Haftung ins Gesellschaftsvermögen hat. Ein Ausschluß der persönlichen Haftung durch Leistung auf die Haftung durch Leistung ins Gesellschaftsvermögen ist deshalb nur dann statthaft, wenn ein Ausschluß der Haftung durch Leistung der versprochenen Einlage nicht oder nicht in vollem Umfang möglich ist.[87] Nur dann kann von der Gesellschaft verlangt werden, daß sie ihrem Gesellschafter eine andere Möglichkeit zum Ausschluß seiner persönlichen Haftung gegenüber den Gläubigern einräumt.

cc) Kein Erlöschen der Einlageverpflichtung durch Leistung auf die Haftung

Daneben darf nicht übersehen werden, daß die Leistungen auf die Haftung durch Gläubigerbefriedigung oder Leistung ins Ge-

---

Bedürfnis nach Haftungsausschluß für den Kommanditisten auch dann besteht, wenn er aus tatsächlichen Gründen seine Sacheinlage noch nicht erbringen kann.

87) Vergl. auch Schmidt, Einlage S. 40

sellschaftsvermögen nicht automatisch den Einlageanspruch der Gesellschaft zum Erlöschen bringen.[88] Dies würde dazu führen, daß der Kommanditist der Gesellschaft eine andere Leistung aufdrängen könnte als mit ihr vereinbart,[89] weil die Gesellschaft sonst in dem Augenblick, in dem der Kommanditist in die Lage käme, sein versprochene Einlage zu bewirken, keinen Anspruch mehr auf diese hätte. Eine solche Möglichkeit ist mit dem Sinn des § 171 HGB, auch die Einlageerbringung an die Gesellschaft zu sichern, nicht vereinbar.[90]

Der Kommanditist kann also seine Haftung primär durch Leistung der Einlage ausschließen. Daneben hat er die Möglichkeit, durch Leistung auf die Haftung im Wege der Gläubigerbefriedigung oder, wenn ein Ausschluß der Haftung durch Einlageleistung nicht möglich ist,[91] durch eine Geldleistung an die Gesellschaft seine Haftung oder Weiterhaftung auszuschließen. Diese Leistungen auf die Haftung stellen keine Einlageleistung dar und hindern die Gesellschaft nicht, trotzdem die Einlage zu fordern.

Dieses Ergebnis bringt jedoch eine vom Gesetz nicht gewollte Risikokumulation für die Haftung des Kommanditisten mit sich. Ist er nämlich zu einer Sacheinlage ver-

---

88) A. A. zu Unrecht Kötter § 171 Anm. 2 S. 661

89) Gursky, DB 1978, 1261 (1262)

90) Schmidt, Einlage S. 40

91) Vergl. oben S. 30 und Fußn. 86

pflichtet und hat er eine Leistung auf die Haftung erbracht, so ist der durch Gläubigerbefriedigung für ihn gegen die Gesellschaft entstandene Anspruch im Konkurs der Gesellschaft minderwertig.[92] Genauso würde er im Konkurs der Gesellschaft seine Leistung an die Gesellschaft auf die Haftung verlieren und trotzdem noch zu seiner Einlageleistung verpflichtet sein. Dieses Problem läßt sich damit lösen, daß eine Leistung auf die Haftung zwar den Einlageanspruch nicht erlöschen läßt, aber Einlageleistung und Leistung auf die Haftung nicht völlig beziehungslos nebeneinanderstehen. Der Kommanditist hat der Gesellschaft nicht nur eine bestimmte Einlage versprochen, sondern durch Festlegung einer Haftsumme sich auch verpflichtet, am Geschäftsrisiko der Gesellschaft in bestimmter, aber nur beschränkter Höhe teilzunehmen. Diese Seite seiner Verpflichtung hat er erschöpfend erfüllt, wenn er eine Leistung auf die Haftung ins Gesellschaftsvermögen erbracht hat, weil er zwar nicht in der versprochenen Art, aber in der versprochenen Höhe am Risiko der Gesellschaft teilnimmt.

Einlageleistung und Leistung auf die Haftung in Gesellschaftsvermögen sind deshalb alternative und nicht kumulative Möglichkeiten, mit denen der Kommanditist die von ihm versprochene begrenzte Risikobeteiligung verwirklicht. Diese Begrenzung der Risikobeteiligung zeigt sich auch darin, daß mit Erbringung der Einlage an die Gesellschaft die Haftung gegenüber

---

92) Zu diesem Problem Gursky, DB 1978, 1261 ff

Dritten, den Gläubigern, erlischt. Deshalb ist davon auszugehen, daß der Anspruch der Kommanditgesellschaft auf Einlageleistung solange aufschiebend bedingt ist, bis dem Kommanditisten seine Leistung auf die Haftung von der Gesellschaft zurückerstattet ist.[93] Macht die Gesellschaft vor Rückzahlung der Leistung auf die Haftung die Einlageleistung geltend, kann der Kommanditist ihr den Einwand entgegenhalten, die Bedingung für eine Vollwirksamkeit der Einlageforderung sei noch nicht eingetreten.
Dieses Ergebnis folgt aus dem Gesellschaftsvertrag, der den Gesellschafter zwar zu einer bestimmten Einlageleistung verpflichtet, ihm aber andererseits das Recht gibt, seine Risikobeteiligung auf die bestimmte, vereinbarte Summe zu beschränken. Diese Risikobeteiligung ist erschöpft, solange eine Leistung auf die Haftung im Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Ist sie zurückerstattet, kann die Einlage ohne weiteres eingefordert werden.

dd) Ergebnis zum Ausschluß der Kommanditistenhaftung nach § 171

Damit bleibt festzuhalten: § 171 I HGB enthält drei Möglichkeiten für den Kommanditisten, seine Haftung auszuschließen. Er kann die der Gesellschaft versprochene Einlage erbringen oder eine Geldleistung auf die Haftung, entweder durch Gläubigerbefriedigung oder durch Zahlung ins Gesellschaftsvermögen. Durch die Leistung auf die

---

93) Ebenso Gursky, DB 1978, 1261 (1263)

Haftung ist der Einlageanspruch aufschiebend bedingt bis zur Rückzahlung. Dies gilt selbstverständlich nicht umgekehrt, weil die Gesellschaft gerade keinen Anspruch auf Erbringung einer Geldleistung auf die Haftung, sondern nur auf die Einlage hat.

ee) Einheitliche Auslegung des Erlöschens der Haftung in § 171 und des Wiederauflebens in § 172 IV

Mit dieser Auslegung des § 171 I HGB zum Erlöschen der Haftung korrespondiert das Wiederaufleben der Haftung nach § 172 IV HGB.[94] Genauso wie nicht jede Zahlung an die Gesellschaft, sondern nur eine Zahlung auf die Haftung oder auf die Einlage die Haftung entfallen läßt, führt nicht nur eine tatsächliche Rückzahlung, sondern auch der Entzug der Einlage als solcher zum Wiederaufleben der Haftung nach § 172 IV HGB.[95] Immer, wenn der eingetragenen Haftsumme keine Einlage oder keine Leistung auf die Haftung in Höhe der Haftsumme gegenüberstehen, lebt die Haftung nach § 172 IV HGB wieder auf, weil nur diese Leistungen nach § 171 I HGB die Haftung ausschließen können.

---

94) Zum Zusammenhang der §§ 171 I, 172 IV HGB vergl. Schmidt, Einlage S. 19 ff; Konietzko S. 107 f

95) Im Ergebnis ebenso Schmidt, Einlage S. 72 ff ders., GR, § 54 III, 2a

ff) Wiederaufleben der Haftung durch Gewinnentnahmen.

Das bedeutet aber nicht, daß die Haftung nur wieder auflebt, wenn dem Kommanditisten seine Einlageleistung oder Leistung auf die Haftung zurückgewährt wird. Selbst wenn der Kommanditist seine Sacheinlage voll im Gesellschaftsvermögen beläßt, hindert dies nicht in jedem Fall ein Wiederaufleben der Haftung. § 172 IV, 2 HGB bestimmt nämlich darüberhinaus, daß der Kommanditist nur Gewinnanteile entnehmen kann, solange der Wert seines Kapitalanteiles zur Zeit der Entnahme noch die Haftsumme erreicht, ohne daß seine Haftung wieder auflebt. War sein Kapitalanteil vor der Entnahme durch Verluste unter die Haftsumme abgesunken oder sinkt er durch die Gewinnentnahme darunter, lebt seine Haftung bis zur Höhe der Haftsumme wieder auf. Damit beabsichtigt das Gesetz, daß Gewinne zunächst dazu verwandt werden, einen durch Verluste geminderten Anteil wieder aufzufüllen [96], so daß die versprochene Risikobeteiligung verwirklicht bleibt.
Entgegen Geßler [97] und Schilling [98] kann jedoch § 172 IV, 2 HGB nicht zu einer Haftung des Kommanditisten über die Höhe der Haftsumme hinaus führen. Das folgt daraus, daß die Höhe der Haftung des Kommanditisten nach § 172 I HGB nur von der eingetragenen Haftsumme abhängt. Eine höhere Haftung können die Gläubiger von

---

96) Baumbach § 172, C

97) Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 172 Rdn. 21

98) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 172 Anm. 36 a. E.

einem Kommanditisten nie erwarten. Weder Verluste noch Gewinnentnahmen des Kommanditisten können zu einer Haftung über die Höhe dieser Haftsumme hinaus führen.[99] Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird durch den Wortlaut des § 172 IV, 2 HGB bestätigt. Danach soll das gleiche gelten wie in § 172 IV, 1 HGB, das heißt die Einlage gilt insoweit als nicht geleistet. Eine Einlage kann zwar als nicht geleistet gelten, sie kann aber im Gegensatz zum Kapitalanteil nicht negativ werden. Folglich ist auch nach dem Gesetzestext die Haftung auf die Leistung der Einlage im Wert der Haftsumme beschränkt. Zur Verdeutlichung folgendes Beispiel:
Ein Kommanditist hat seine Einlage von 50.000 DM bei einer eingetragenen Haftsumme von 50.000 DM noch nicht erbracht. Beim nächsten Jahresabschluß entfällt auf ihn ein Verlust von 60.000 DM.[100] Im Jahr darauf entfällt auf ihn ein Gewinn von 110.000 DM. Diesen läßt sich der Kommanditist voll auszahlen. Seine Haftung gegenüber den Gläubigern beträgt dann 50.000 DM und nicht 110.000 DM,[101] weil die Risikobeteiligung des Kommanditisten durch die Höhe seiner Haftsumme begrenzt ist, unab-

---

99) Richtig Schmidt, Einlage S. 95, vergl. auch S. 37 Schlegelberger (Schmidt) §§ 171,172 Rdn. 79

100) Der Kommanditist nimmt im Innenverhältnis entgegen § 167 III HGB unbegrenzt am Verlust der Gesellschaft teil. Vergl. nur Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 167 Anm. 14; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 167 Rdn. 7; Baumbach § 167,3

101) Nach Schlegelberger (Geßler) § 172 Rdn. 21 wohl 110.000 DM

hängig davon, wieviel Gewinn er bezogen hat. Zwar gilt § 172 IV HGB für diesen Fall. Er geht aber deshalb ins Leere, weil der Kommanditist seine Einlage noch gar nicht geleistet hatte. Bezüglich der Haftung im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft kann der Kapitalanteil des Kommanditisten also nicht negativ werden.[102] Das zeigt sich auch darin, daß bei Auseinandersetzung der Gesellschaft der Kommanditist, wenn er die Einlage erbracht hatte, nicht, und wenn er sie nicht erbracht hatte, nur in Höhe seiner Haftsumme haftet, unabhängig davon, in welcher Höhe der Verlust der Gesellschaft im Innenverhältnis auf ihn entfallen ist.
§ 172 IV, 2 HGB läßt die Haftung des Kommanditisten auch dann unberührt, wenn er Gewinne entnimmt und sein Anteil erst nachher durch Verluste unter die Haftsumme absinkt[103], weil es nach dem Gesetzeszweck keine nachträgliche Haftung des Kommanditisten für einmal zulässig entnommene Gewinne gibt.[104]

gg) Wiederaufleben der Haftung und verdeckte Gewinnausschüttung

Problematisch ist, wie verdeckte Gewinnausschüttungen im Rahmen der Kommanditistenhaftung zu behandeln sind. Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt etwa dann vor, wenn die Gesellschaft den Kommanditisten Waren weit unter Preis überläßt oder

---

102) Anders im Innenverhältnis. Vergl. oben Fußn. 98
103) Vergl. Baumbach § 172 C "nachdem"
104) So für das Innenverhältnis § 169 II HGB

ihnen Gegenstände zu weit überhöhten Preisen abkauft[105]. Darin liegt zumindest dann keine Einlagerückgewähr als solche, wenn der Gesellschafter keine Geld-, sondern eine Sacheinlage erbracht hatte, weil diese Einlage durch den dem Gesellschafter gewährten Vorteil nicht berührt wird. Dadurch ist jedoch ein Wiederaufleben der Haftung nach § 172 IV HGB nicht ausgeschlossen, denn dies würde dem von § 172 IV HGB sicherlich auch beabsichtigten Gläubigerschutz widersprechen,[106] der auch eine Verringerung des Vermögens der Gesellschaft zu Lasten der Gläubiger verhindern will.
§ 172 IV HGB mit der Folge eines Wiederauflebens der Haftung erfaßt deshalb auch den Fall verdeckter Gewinnausschüttung.[107]
Wie schon oben[108] ausgeführt, hat die Verpflichtung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft zwei Seiten. Er verspricht, eine bestimmte Einlage zu erbringen und in Höhe der Haftsumme am Geschäftsrisiko der Gesellschaft teilzunehmen. Dieser versprochenen Risikobe-

---

105) Konietzko S. 114

106) Zum Gläubigerschutzzweck von § 172 IV HGB: BGHZ 47, 149 (155f); Priester, BB 1976, 1004 (1007)

107) Ebenso Schmidt, Einlage S. 85 f, als Folge des Kapitalerhaltungsgrundsatzes; vergl. auch ders., GR, § 54 II, 2a bb; Westermann Rdn. 926, wenn im Einzelfall der Erfolg einer Einlagenrückgewähr erreicht wird; ähnlich auch Kornblum S. 256· einschränkend Konietzko S.115 ff, wenn Umgehung von § 172 IV HGB

108) S. 33

teiligung darf er sich, abgesehen von zulässigen Gewinnentnahmen, nicht dadurch entziehen, daß er zwar seine Einlage in der Gesellschaft beläßt, aber von der Gesellschaft verdeckte Vorteile bezieht, weil er dadurch zu Lasten der Gläubiger das Vermögen der Gesellschaft verringert. Werden ihm solche Vorteile gewährt, lebt seine Haftung nach § 172 IV HGB wieder auf. So stellt das Gesetz durch die §§ 171 I, 172 IV HGB sicher, daß der Kommanditist die von ihm versprochene Risikobeteiligung immer übernimmt, und verhindert, daß er das Gesellschaftsvermögen zu Lasten der Gläubiger verkürzt.
Hat er seine Risikobeteiligung nicht erbracht, ist seine Haftung nach § 171 I HGB nicht erloschen. Vermindert er seine Risikobeteiligung oder hebt er sie auf, so lebt die Haftung nach § 172 IV HGB wieder auf.
Der Kommanditist kann sich somit seiner Risikobeteiligung nicht entziehen. Er erbringt sie entweder durch Bindung von Vermögen in Höhe der Haftsumme im Gesellschaftsvermögen oder durch persönliche Haftung.[109]

Im Ergebnis ist somit festzuhalten: Der Entzug der versprochenen Einlage als solcher führt immer zum Wiederaufleben der Haftung nach § 172 IV HGB. Daneben lebt die Haftung aber auch ohne Entzug der Einlage als solcher wieder auf, wenn der Kommanditist die von ihm versprochene Risikobeteiligung ganz oder teilweise aufgibt,

---

109) Richtig Schmidt, ZGR 1976, 307 (310)

dadurch daß er sich von der Gesellschaft Vorteile ohne Gegenleistung gewähren läßt.

Der Auffassung des BGH zur Umwandlung der Einlage in ein Darlehen [110] ist mit ähnlichen Erwägungen zu Recht widersprochen worden.[111] Zweck des § 172 IV HGB ist nicht nur zu verhindern, daß die Haftungsmasse der Gesellschaft tatsächlich verkürzt wird, sondern auch, daß der Gesellschafter seine einmal erbrachte Einlage der Gesellschaft wieder entzieht.[112]
Zwar ist ein solcher Entzug nicht schlechthin verboten. Wird er jedoch vorgenommen, soll dafür nach dem Regelungszusammenhang[113] der §§ 171 I, 172 IV HGB die persönliche Haftung wieder aufleben, weil nur so die vom Kommanditisten versprochene Risikobeteiligung nach Art und Höhe gewährleistet bleibt. Ein Entzug der Einlage als solcher liegt aber nicht nur in der tatsächlichen Rückgewähr der erbrachten Vermögenswerte, sondern z.B. auch in der Umwandlung in ein Darlehen, weil dadurch die erbrachten Vermögenswerte der Gesellschaft gerade nicht mehr als Einlage zur Verfügung stehen und der Kommanditist seine Risikobeteiligung tatsächlich aufgibt.
Das Vermögen des Kommanditisten ist um diese Forderung erhöht, während das Vermögen der Gesellschaft mit einer zusätzlichen Forderung belastet ist.

---

110) Siehe dazu oben S. 27

111) Keuk, ZHR 135 (1971), 410 (420f); Schmidt, ZGR 1976, 307 (330f); Konietzko S. 110

112) Zum Prinzip der Einlagenerhaltung: Schmidt, Einlage S. 72 ff

113) Dazu oben S. 35

Die Anwendung des § 172 IV HGB ist somit nicht nur auf tatsächliche Verringerungen des Gesellschaftsvermögens beschränkt, sondern umfaßt den Fall, daß der Gesellschaft die Einlage des Kommanditisten nicht mehr als solche zur Verfügung steht[114] und er damit nicht mehr die Vermögenswerte zugunsten der Gesellschaft einsetzt, die er versprochen hat.[115]

Deshalb lebt die Haftung des Kommanditisten nach § 172 IV HGB immer auf, wenn er seine Einlage in ein Darlehen umwandelt,[116] sie an einen Dritten überträgt oder ohne Übertragung des Anteils aus der Gesellschaft ausscheidet.[117] In allen diesen Fällen steht der Gesellschaft der Wert der Einlage nicht mehr als seine Einlage zur Verfügung, sondern als Darlehen; Einlage eines anderen oder Summe zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs.[118] Damit hat der Kommanditist die von ihm versprochene Risikobeteiligung aufgegeben.

---

114) Keuk, ZHR 135 (1971), 410 (420f); Schmidt, ZGR 1976, 307 (330f)

115) Konietzko S. 108

116) Für diesen Fall auch Keuk, ZHR 135 (1971), 410 (420f); Schmidt, ZGR 1976, 307 (330f); Konietzko S. 110

117) Ebenso Schmidt, Einlage S. 73; ders. in Schlegelberger §§ 171,172 Rdn. 73; Konietzko, S. 109f; a. A. erst ab Auszahlung die h. M., die selbst der Umwandlung in ein Darlehn keine haftungseröffnende Wirkung beilegt. Vergl. dazu oben S. 27 und Fußn. 81

118) Vergl. Schmidt, GR, § 54 III, 2a aa, mit der richtigen Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital

hh) Problem der Risikokumulation beim Wiederaufleben

Gegen diese Interpretation der §§ 171 I, 172 IV HGB ist eingewandt worden, sie führe bei Insolvenz der Gesellschaft zu einer Risikokumulation beim Kommanditisten, weil seine Haftung wieder auflebe, er aber seine Darlehensforderung oder seinen Abfindungsanspruch im Konkurs der Gesellschaft verlieren könne.[119] Diese Erkenntnis kann jedoch zu keiner anderen Lösung führen. Jeder Gläubiger muß das Risiko tragen, daß sein Schuldner zahlungsunfähig und seine Forderung uneinbringlich wird. Dieses Risiko besteht für jeden Kommanditisten, der seine Beteiligung aufgibt und sich ihren Wert bezahlen läßt. Für den ausscheidenden Kommanditisten besteht das Risiko, daß sein Schuldner, die Gesellschaft, zahlungsunfähig wird bevor sein Abfindunganspruch erfüllt ist. Aber auch der Kommanditist, der seine Einlage überträgt, bevor er Zahlungen vom Erwerber erhält, läuft die Gefahr, daß der neue Gesellschafter vor Zahlung insolvent wird.
Die hier für das Wiederaufleben der Haftung vorgetragene Lösung steht auch nicht im Widerspruch zur Lösung bei Leistung der Einlage, bei der eine Risikokumulation vermieden wurde.
Bei obiger Lösung war der Einlageanspruch der Gesellschaft gehemmt, solange bis dem Gesellschafter seine Leistung auf die Haftung zurückerstattet war.

---

119) Gursky, DB 1978, 1261 (1264)

Dies läßt sich erklären mit der durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Sonderbeziehung, die zwischen Gesellschaft und Gesellschafter besteht. Der Gesellschaft ist es aufgrund dieser engen Bindung zum Gesellschafter verwehrt, über die vertraglich vereinbarte Risikoverwirklichung hinaus vom Gesellschafter Leistungen zu fordern, die zu einer Doppelbelastung bei ihm führen könnten, nur weil er einen Schuldner der Gesellschaft befriedigt hat oder zum Ausschluß der Haftung eine Leistung ins Gesellschaftsvermögen erbracht hat.
Eine solche Sonderbeziehung besteht zwischen einem Kommanditisten und einem Gläubiger nicht. Der Gesellschaftsvertrag kann anders als zwischen Gesellschaft und Gesellschafter gegenüber einem Dritten keine Begrenzung der Haftung über die gesetzlich vorgesehene Form hinaus bewirken. Dem Gläubiger ist nicht zuzumuten, daß die persönliche Haftung des Kommanditisten nur bedingt wieder auflebt, obwohl die Voraussetzungen eines Wiederauflebens der Haftung durch Aufgabe der Risikobeteiligung gegeben sind. Der Sonderfall der Beziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter läßt somit keine Rückschlüsse auf die allgemeine Haftungslage zu.

Es bleibt deshalb festzuhalten, daß schon immer, wenn der Gesellschaft die Einlage als solche entzogen wird, unabhängig von tatsächlichen Zahlungen die Haftung des Kommanditisten nach § 172 IV HGB wieder auflebt, weil darin eine Negation des Ausschlusses der Haftung nach § 171 I, 2 HS HGB durch Leistung der Einlage liegt.

c) Entscheidung des BGH in BGHZ 81, 82

Dieser Aspekt kommt auch in der oben[120] angesprochenen neueren Entscheidung des BGH[121] zum Kommanditistenwechsel zum Ausdruck. In ihr bejaht der BGH ein Wiederaufleben der Haftung des Altkommanditisten nach § 172 IV HGB bei Abtretung eines Kommanditanteils, obwohl das Gesellschaftsvermögen nicht durch Zahlung verringert wurde. Der BGH stellt darauf ab, daß durch die Abtretung des Anteils das Recht auf den neuen Kommanditisten übergegangen sei, sich auf die erbrachte Einlage zu berufen, und somit die eingetragene Haftsumme des Altkommanditisten durch seine frühere Einlage nicht mehr gedeckt sei.[122] Dieser Fall sei zwar nicht ausdrücklich in § 172 IV HGB geregelt. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift sei sie aber auf diesen Fall anzuwenden.[123] Mit dieser Begründung wird der entscheidende Gesichtspunkt angesprochen, nämlich, daß der Gesellschaft die Einlage des Altkommanditisten nach der Abtretung an den Neukommanditisten zwar noch rein tatsächlich, aber nicht mehr als Einlage des Altkommandi-

---

120) Siehe S. 1

121) BGHZ 81, 82 (89)

122) BGHZ 81, 82 (89); ebenso Eckert, ZHR 147 (1983), 565 (569)

123) A. A. zu Unrecht Siegmung/van Venrooy Rdn. 341. Es ist für die Anwendung des § 172 IV HGB unerheblich, ob der Altkommanditist einmal seine Einlage erbracht hatte. Entscheidend ist, daß man die Übertragung an einen Dritten als Rückzahlung nach § 172 IV HGB ansieht.

tisten zur Verfügung stand.
Dieser Grundlage für die Anwendung des § 172 IV HGB stimmt auch Schmidt zu.[124] Trotzdem zieht er daraus nicht den Schluß, § 172 IV HGB schlicht anzuwenden und die Haftung des Altkommanditisten wieder aufleben zu lassen. Er will vielmehr den Altkommanditisten nur nach Rechtsscheinsgesichtspunkten im Rahmen des § 15 I HGB haften lassen[125]. Diese Lösung ist jedoch widersprüchlich. Entweder man wendet § 172 IV HGB auf den Altkommanditisten wegen Entzugs seiner Einlage an, dann spielen Rechtsscheinsgesichtspunkte keine Rolle und der Altkommanditist haftet den Altgläubigern immer,[126] oder man wendet § 15 I HGB an und verwehrt dem Altkommanditisten nur die Berufung auf die haftungsfreie Übertragung des Anteils mit der oben[127] geschilderten Einschränkung der Haftung gegenüber den Altgläubigern.

Nach der hier vertretenen Lösung[128] ist § 172 IV HGB anzuwenden, weil der Altkommanditist der Gesellschaft seine Einlage durch die Übertragung an den Neukommanditisten als seine Einlage entzogen hat.

---

124) GmbHRdsch 1981, 253 (258 r.S.)
125) GmbHRdsch 1981, 253 (258 l.S.), dazu auch oben S. 23f
126) Vergl. unten S. 48
127) S. 23f
128) S. 35 und S. 40ff

d) Gleichbehandlung des Ein- und Austritts und der Rechtsnachfolge

Hat man diesen Aspekt für die Haftung nach § 172 IV HGB erkannt, spielt es keine Rolle, ob die Einlage des Altkommanditisten nicht mehr seine Einlage ist, weil ein anderer eingetreten und eine Umbuchung stattgefunden hat[129] oder weil er seinen Anteil im Wege der Rechtsnachfolge abgetreten hat.[130] Beide Fälle sind insoweit gleich zu behandeln, als die Einlage des Altkommanditisten der Gesellschaft nicht mehr als seine Einlage, sondern als Einlage des Neukommanditisten zur Verfügung steht.[131] Dagegen kann nicht eingewandt werden, dies widerspreche dem Grundgedanken der Rechtsnachfolge, die gerade die

---

129) Vergl. zunächst oben S. 5f. Für diesen Fall nahm die h. M. schon immer ein Wiederaufleben der Haftung des Altkommanditisten an. Vergl. RGZ 162, 264 (268); Huber S. 399; Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (255f)

130) In diesem Fall erbringt der Neukommanditist seine Einlage nicht durch Umbuchung der Einlage des Altkommanditisten, sondern er erwirbt einen bestehenden Anteil. Der Unterschied besteht darin, daß bei der Einbuchung anders als bei der Rechtsnachfolge der Anteil nur in Höhe seines wirklich noch vorhandenen Wertes übergeht und nur in dieser Höhe die Einlage gedeckt wird. Bei der Rechtsnachfolge hingegen wird unabhängig vom Wert des Anteils ein haftungsfreier Anteil erworben.

131) Siehe dazu das gleiche Ergebnis in RGZ 162, 264 (268) für Ein- Austritt und BGHZ 81, 82 (89) für Rechtsnachfolge

Haftungsfreiheit begründe.
Rechtsnachfolge besagt nur, daß A die gleichen Rechte und Pflichten erlangt, die B hatte, aber nicht, daß A nunmehr B ist. Die Rechtsnachfolge bewirkt, daß A die Rechte des B erhält, aber auch, daß B diese Rechte verliert. Die Rechtsnachfolge bestimmt also nur die Stellung des Rechtsnachfolgers. Über die Stellung des Rechtsvorgängers sagt sie nichts aus. Daraus ergibt sich, daß nicht die Rechtsfigur der Rechtsnachfolge die Haftungsfreiheit bewirkt, sondern ein sich aus der Interessenlage ergebendes Bedürfnis nach haftungsfreier Übertragung des Anteils für den Alt- und den Neukommanditisten, dem die Praxis Rechnung getragen hat.[132]
Folgt man der Auffassung, daß auch die Übertragung eines Kommanditanteils einen Anwendungsfall des § 172 IV HGB darstellt, ist zwingend, daß Rechtsscheinsgesichtspunkte für eine Haftung des Altkommanditisten irrelevant sind.[133]
Rechtsscheinsgesichtspunkte spielen im Rahmen des § 172 IV HGB keine Rolle. Ein Aufleben der Haftung nach Rückzahlung geschieht gegenüber allen Altgläubigern unabhängig davon, ob ein Gläubiger von der Rückzahlung wußte oder darauf vertraute, die Einlage wäre noch im Gesellschaftsvermögen.

---

132) Vergl. Schmidt, Einlage S. 108 und Fußn. 44; zur Interessenlage auch Huber S. 374 ff

133) Im Ergebnis ebenso Huber, ZGR 1984, 146 (156)

E) Wiederaufleben der Haftung und Eintragung eines Nachfolgevermerks

Geht man entsprechend den oben angeführten Gründen davon aus, daß auch die Übertragung eines Kommanditanteils grundsätzlich einen Anwendungsfall des § 172 IV HGB darstellt, weil der Kommanditist der Gesellschaft dadurch seine Einlage als solche entzieht, fragt es sich, wieso die Haftung nicht wieder aufleben soll, wenn ein Nachfolgevermerk eingetragen ist.
Wie schon oben erwähnt, besteht im heutigen Rechtsleben ein großes Bedürfnis nach haftungsfreier Übertragung von Kommanditanteilen.[134] Die herrschende Meinung ist sich im Ergebnis auch darin einig, daß bei Abtretung eines Kommanditanteils und Eintragung der Rechtsnachfolge im Handelsregister weder der Alt- noch der Neukommanditist haften.[135] Dies könnte damit erklärt werden, die Eintragung des Nachfolgevermerks begründe eine Ausnahme von der Regel, daß die Haftung des Kommanditisten immer dann nach § 172 IV HGB wieder auflebe, wenn der Gesellschaft die Einlage nicht mehr als seine Einlage zur Verfügung steht.

---

134) Über das Bedürfnis des Rechtsverkehrs als Grundlage der Rechtsfortbildung vergl. Larenz, ML S. 403 f

135) GZS RG, DNotZ 1944, 195 = WM 1964, 1130 (1132f); BGHZ 81, 82 (84ff); Weipert, DR 1943, 270 (271f); Baumbach § 172, 3; Reinhardt/Schulz Rdn. 290 ff; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 173 Rdn. 11; Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 173 Rdn. 30; Donner, DNotZ 1943, 288 ff; Westermann Rdn. 934 ff; G. Hueck, GR § 18 VIII c S. 147

Eine solche Ausnahme von der Regelhaftung des § 172 IV HGB bei Entzug der Einlage wäre aber von vornherein dann nicht möglich, wenn dem schützenswerte Belange der Gläubiger entgegenstünden, weil eine Beschränkung der normalerweise bestehenden Haftung zu Lasten der Gläubiger nicht mit dem von § 172 IV HGB auch beabsichtigten Gläubigerschutz zu vereinbaren wäre.[136] Solche schützenswerten Belange bestehen jedoch, anders als bei den oben erwähnten Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters oder der Umwandlung des Anteils in ein Darlehen, nicht. Bei diesen beiden Anwendungsfällen des § 172 IV HGB wird das Gesellschaftsvermögen mit einer zusätzlichen Forderung belastet, die mit den Forderungen von Gläubigern konkurrieren könnte. Das den Gläubigern haftende Vermögenspotential wäre bei einem Nichtwiederaufleben der Haftung in diesen Fällen um die Darlehens- oder Abfindungssumme geringer, weil diese als Verbindlichkeit bei der Berechnung des Vermögens der Gesellschaft abgezogen werden müßte.
Diese Problematik besteht bei Übertragung des Anteils nicht. Das den Gläubigern haftende und der Gesellschaft zur Verfügung stehende Vermögen ist vor und nach der Übertragung genau das gleiche, nur das Zuordnungssubjekt hat sich geändert. Nachteile für die Gläubiger sind deshalb nicht ersichtlich. Eine Ausnahme vom Wiederaufleben der Haftung nach § 172 IV HGB ist deshalb nicht durch schützenswerte

---

136) Zum Gläubigerschutzzweck: BGHZ 47, 149 (155f); Priester, BB 1976, 1004 (1007)

Belange der Gläubiger ausgeschlossen. Fraglich bleibt jedoch, ob sich eine solche Ausnahme vom Wiederaufleben der Haftung bei Eintragung eines Rechtsnachfolgevermerks ins System des Handelsgesetzbuchs einpasst.

1) Bedürfnis nach haftungsfreier Übertragung des Anteils

Zur Zeit der Schaffung des Handelsgesetzbuches war eine Übertragung von Gesellschaftsanteilen im Wege der Rechtsnachfolge nicht anerkannt, ist deshalb im Handelsgesetzbuch nicht geregelt und bei § 172 IV HGB nicht berücksichtigt. Die Möglichkeit der haftungsfreien Übertragung des Anteils ist erst von Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden, um einem Bedürfnis des Rechtsverkehrs zu entsprechen.[137] Dieses Bedürfnis folgt daraus, daß sich die Personengesellschaften immer mehr von ihrem Idealbild wegentwickelt haben. Ursprünglich als Zusammenschluß weniger Personen mit enger persönlicher Bindung gedacht,[138] entstanden im Laufe des Rechtsfortgangs Gesellschaften mit vielen, oft bis zu Hunderten Mitgliedern. Bei diesen Gesellschaften stand nicht die enge persönliche Bindung und Mitarbeit zur Erreichung des Unternehmenszwecks im Vordergrund, sondern der Gesichtspunkt der Kapitalanlage.[139]

---

137) Vergl. zur Entwicklung ausführlich S. 2 ff

138) Wiedemann GR § 2 II S. 115 "Urzelle der Handelsgesellschaften

139) Zur Entwicklung im Gesellschaftsrecht z.B. Maiberg, Achter Abschnitt S. 297

Außerdem hat jeder, der sein Kapital in einer Gesellschaft bindet, ein Interesse daran, dessen Tauschwert realisieren zu können.[140] Dies wäre aber sehr erschwert, wenn sich daran Haftungsfolgen knüpfen würden. Deshalb ist man sich heute im Ergebnis einig, daß mit Eintragung eines Rechtsnachfolgevermerks die haftungsfreie Übertragung des Kommanditanteils möglich ist.[141]

2) Rechtsfortbildung auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseiten

Wird die haftungsfreie Übertragung von Kommanditanteilen im Wege der Rechtsnachfolge zugelassen, so muß es möglich sein, die Haftungsfreiheit an neue Voraussetzungen zu knüpfen, soweit sich diese in die Systematik des Gesetzes einfügen lassen.
Die Rechtsfortbildung kann sich neben der Rechtsfolgenseite, der haftungsfreien Übertragung, auch auf die Tatbestandsseite, Eintragung des Nachfolgevermerks zur Haftungsfreiheit, erstrecken, wenn das neue Tatbestandsmerkmal einem Interesse des Rechtsverkehrs entspricht und dabei nicht systemwidrig ist.

Für den gesamten Rechtsverkehr ist die Information über die Verhältnisse innerhalb einer Handelsgesellschaft wichtig. Deshalb ordnet das Gesetz in §§ 106, 107, 143, 162 HGB eine umfassende Publikation dieser Ver-

---

140) So auch Huber S. 374

141) Vergl. nur BGHZ 81, 82 (84ff); Schlegelberger (Geßler) § 173 Rdn. 11; Westermann Rdn. 934

hältnisse an. Um diesem Informationsbedürfnis gerecht zu werden, ist es sinnvoll, auch die Rechtsnachfolge in einen Kommanditanteil aus dem Handelsregister ersichtlich zu machen. Daneben haben die Gesellschafter ein berechtigtes Interesse, die sie treffende Haftung aus § 172 IV HGB ausschließen zu können. Auch für eine solche Haftungsbegrenzung im Interesse der Gesellschafter ist die Eintragung im Handelsregister naheliegend, weil es eine der Aufgaben des Handelsregisters ist, dem Kaufmann die Möglichkeit zu geben, seine Haftung durch Eintragung auszuschließen.[142] Es ist wahrscheinlich, daß das Gesetz eine Eintragung bei Kenntnis der Rechtsnachfolgemöglichkeit verlangt hätte,[143] weil eine solche Eintragung im Handelsregister als Voraussetzung für einen Ausschluß oder eine Begrenzung der Haftung im Handelsgesetzbuch Parallelen hat.

Solche Parallelen sind die Eintragung der Kommanditgesellschaft in § 176 I HGB oder des eintretenden Kommanditisten nach § 176 II HGB. Die Rechtsnatur des § 176 HGB ist streitig. Ursprünglich wurde in der angeordneten unbeschränkten Haftung eine zivilistische Strafe für den vorzeitigen Geschäftsbeginn gesehen.[144]

---

142) Zu dieser Aufgabe des Handelsregisters Ehrenberg S. 532

143) Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (254)

144) RGZ 128, 172 (181)

Heute sieht man § 176 HGB entweder als Ausdruck eines Prinzips[145] der unbeschränkten Haftung bei der Personengesellschaft[146] oder als Vertrauensschutznorm.[147]
An dieser Stelle braucht auf diesen Meinungsstreit nicht abschließend eingegangen zu werden, weil Übereinstimmung besteht darin, daß die Eintragung im Handelsregister auf jeden Fall die beschränkte Haftung des Kommanditisten bewirkt.

Insofern läßt sich vereinfacht sagen, daß grundsätzlich bis zur Eintragung die für den Betroffenen schlechtere Haftungslage, danach eine ihm günstigere Haftungslage gilt. Die Eintragungungsforderung in § 176 HGB ist deshalb besonderer Art im Gegensatz zu den zahlreichen rein deklaratorischen Eintragungen, weil diese Eintragung eine günstigere Haftungslage bewirkt.

Ebenfalls einen Sonderfall bezüglich einer Handelsregistereintragung stellt § 25 II HGB dar.
Die dem § 25 HGB zugrundeliegenden Erwägungen sind ebenfalls streitig.[148]
§ 25 I HGB sieht vor, daß der Erwerber eines Handelsgeschäfts, der die Firma fort-

---

145) Zu diesem Prinzip Schmidt, OHG passim, besonders S. 102 ff und 139

146) Flume, PG § 16 IV 5 S. 333

147) So schon Jacobi, Jher. Jahrb. 70, 300 (318ff); ferner: Schlegelberger (Geßler) § 176 Rdn. 1; Riegger, BB 1979, 1380 (1381)

148) Dazu Schmidt, HR § 8, 2 a

führt, für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten haftet. Diese Haftung kann nach § 25 II HGB durch Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber ausgeschlossen werden, wenn sie im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder dem Dritten mitgeteilt wird. Auch bei § 25 HGB ist somit, abgesehen vom Fall der Mitteilung, die Eintragung im Handelsregister zumindest eine Voraussetzung zum Erreichen einer günstigeren Haftungslage.

Sicherlich ist es richtig, wenn behauptet wird, die Eintragungungsforderung in § 176 HGB und in § 25 II HGB ließen sich nicht auf ein einheitliches Prinzip zurückführen.[149] Deshalb ist es auch nicht möglich, der Eintragung des -3-Nachfolgevermerks ein solches Prinzip zugrundezulegen. Was aber gezeigt werden sollte, ist, daß dem Handelsregister Eintragungen von besonderer Eigenart[150] nicht fremd sind, die es dem Kaufmann ermöglichen, seine Haftung mit Hilfe der Eintragung zu beschränken.
Deshalb würde es dem System des Handelsgesetzbuchs entsprechen, wenn der Eintritt einer günstigeren Haftungslage bei Übertragung eines Kommanditanteils von der Eintragung eines Nachfolgevermerks abhängig gemacht würde.[151]

---

149) Göppert S. 6

150) Ausdruck von Göppert in seiner gleichnamigen Schrift

151) Bezüglich der Einpassung ins System des HGB ebenso Huber, ZGR 1984, 146 (157)

3) Ergebnis:

Ist die Rechtsnachfolge eingetragen, haftet bei Anteilsübertragung weder der Alt- noch der Neukommanditist. Fehlt die Eintragung, lebt die Haftung des Altkommanditisten nach § 172 IV HGB gegenüber den Altgläubigern wieder auf. Das ergibt sich daraus, daß jede Übertragung der Einlage auf einen anderen grundsätzlich die Haftungsfolge des § 172 IV HGB auslöst, weil die Einlage der Gesellschaft nicht mehr als Einlage des Übertragenden zur Verfügung steht.
Um einem Bedürfnis nach haftungsfreier Übertragung des Kommanditanteils für die Gesellschafter nachzukommen, ist von Rechtsprechung und Lehre entwickelt worden,[152] daß die Haftung nicht wieder auflebt, wenn der Anteil übertragen und die Rechtsnachfolge im Register vermerkt wird. Die Eintragung des Vermerks begründet eine Ausnahme von der Regel, daß bei Übertragung des Kommanditanteils grundsätzlich die Haftung wieder auflebt.
Das Anknüpfen der günstigeren Haftungsfolge an die Eintragung entspricht der Systematik des Handelsgesetzbuches, dem Kaufmann durch Eintragung die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung zu geben.
Durch Verlangen der Eintragung für die günstigere Haftungsfolge wird dem Interesse Rechnung getragen, erkennbar zu machen, daß ein Kommanditist für einen anderen und nicht zu den anderen in die Gesellschaft eingetreten ist.

---

152) Siehe dazu oben S. 2 ff und S. 51f

F) Übertragung eines durch Verlust geminderten Anteils

Keine Besonderheiten ergeben sich, wenn ein durch Verluste geminderter Anteil übertragen wird und dies im Handelsregister durch Eintragung eines Rechtsnachfolgevermerks verlautbart wird. Der neue Kommanditist tritt mit allen Rechten und Pflichten in die Stellung des Altkommanditisten ein. Der Altkommanditist haftete nicht mehr, weil er seine Einlage voll erbracht hatte und ein Kommanditist nicht zum Verlustausgleich verpflichtet ist.[153] Diese Rechtsstellung ist auf den Neukommanditisten übergegangen. Die Haftung des Altkommanditisten lebt nicht wieder auf, weil eine haftungsfreie Übertragung stattgefunden hat, die ordnungsgemäß verlautbart wurde.

Probleme ergeben sich allerdings, wenn ein durch Verluste geminderter Anteil übertragen und der Rechtsnachfolgevermerk vergessen wird.
Nach Ansicht des BGH[154] ergibt sich daraus für die Stellung des Neukommanditisten keine Besonderheit. Er könne sich auch in diesem Fall auf die haftungsbefreiende Einlageleistung seines Vorgängers berufen.
Dieser Ansicht ist Eckert[155] entgegengetreten. Dem Neukommanditisten sei wegen des fehlenden Vermerks eine Berufung auf die

153) Baumbach § 167, 3
154) BGHZ 81, 82 (88)
155) ZHR 147 (1983), 565 (570f)

Rechtsnachfolge gegenüber den Gläubigern versperrt. Deshalb sei auf seine Einlage geleistet nur dasjenige, was der Anteil des Altkommanditisten noch wirklich wert gewesen sei. Nur insoweit sei seine Haftung ausgeschlossen. Die Haftung des Altkommanditisten lebe entsprechend niedriger wieder auf. Dies würde im Ergebnis zu einer Aufspaltung des Rechts der Berufung auf die geleistete Einlage zwischen Alt- und Neukommanditist führen.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die Wirksamkeit der Übertragung eines Kommanditanteils ist nicht von ihrer Eintragung im Handelsregister abhängig. Auch ohne sie wird der Erwerber rechtswirksam Inhaber des Anteils. Wie der BGH [156] zu Recht ausführt, sagt das Handelsregister nichts darüber aus, ob und wieviel noch auf eine Einlage zu leisten ist. Der Kommanditist haftet nicht mehr, wenn er nachweist, daß in Höhe seiner Haftsumme die Einlage erbracht worden ist. Wie er seine Einlage erbringt, ob durch Zahlung an die Gesellschaft oder Erwerb der Rechtsposition eines anderen, geht aus dem Handelsregister nicht hervor. Der Gläubiger kann sich deshalb niemals darauf verlassen, auf eine bestimmte Haftsumme sei noch keine Leistung erbracht oder es habe keine Rechtsnachfolge in einen Anteil stattgefunden, denn für deren Wirksamkeit gegenüber Dritten ist die Eintragung der Rechtsnachfolge ohne Bedeutung, und die Berufung auf die Rechtsnachfolge durch § 15 I HGB ist nicht aus-

---

156) BGHZ 81, 82 (87)

geschlossen. Das ergibt sich daraus, daß für die Übertragung des Kommanditanteils und deren Rechtsfolgen eine Sonderregelung im Wege der Rechtsfortbildung geschaffen wurde,[157] die unabhängig von Rechtsscheinsgesichtspunkten ist und deren Haftungsfolgen über die Haftungsfolgen bei Anwendung von § 15 I HGB hinausgehen, weil ein Wiederaufleben der Haftung des Altkommanditisten unabhängig von Einschränkungen erfolgt, die sich aus dem Wesen der Rechtsscheinhaftung ergeben würden.[158] Darüber hinaus wäre aber auch im Rahmen von § 15 I HGB einzutragende Tatsache nicht die Rechtsnachfolge als solche, sondern nur die beabsichtigte Haftungsfreiheit der Übertragung, denn nur diese ist für die Rechtsstellung Dritter von Bedeutung.

Der fehlende Rechtsnachfolgevermerk bewirkt deshalb nur, daß ein Gläubiger darauf vertrauen kann, es habe keine haftungsfreie Übertragung des Anteils stattgefunden. Der fehlende Vermerk versperrt nicht die Berufung auf den Erwerb der Rechtsposition des Vorgängers, sondern nur darauf, es läge kein Anwendungsfall des § 172 IV HGB vor, weil eine haftungsfreie Übertragung des Anteils geplant war. Den Gläubigern kann

---

157) Dazu oben S. 49ff

158) Vergl. oben S. 23f. Auch im Rahmen des § 176 HGB ist in der neueren Literatur anerkannt, daß § 15 HGB keine Anwendung findet (vergl. Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 5). Das zeigt, daß es Sonderregelungen gibt, die § 15 HGB vorgehen.

also sehr wohl das Vorliegen der Rechtsnachfolge vom Erwerber entgegengesetzt werden, denn deren Wirksamkeit gegenüber Dritten ist nicht abhängig von der Eintragung des Nachfolgevermerks im Handelsregister.

Die fehlende Eintragung bewirkt nur, daß trotz Vorliegens der Rechtsnachfolge und geplanter haftungsfreier Übertragung nicht beide Kommanditisten haftungsfrei sind. Wie oben ausgeführt, lebt vielmehr die Haftung des Altkommanditisten nach § 172 IV HGB voll wieder auf.

Daß seine Haftung nur in Höhe der abgesunkenen Einlage wieder aufleben soll,[159] überzeugt nicht.
Für den Altkommanditisten ist eine bestimmte Haftsumme eingetragen. Seine Haftung war ausgeschlossen, weil er der Gesellschaft in Höhe der Haftsumme eine Einlage zur Verfügung gestellt hatte. Dieser Haftungsausschluß wird durch das Absinken des Wertes der Einlage nicht berührt. Durch die Abtretung hat der Altkommanditist seine Einlage und Rechtsposition auf den Neukommanditisten übertragen.

Er ist somit überhaupt nicht mehr Inhaber einer Einlage. Seiner eingetragenen Haftsumme steht nach Verlust seiner Rechtsposition nichts mehr gegenüber, was seine Haftung ausschließen könnte. Seine Haftung müßte also in Höhe der Haftsumme voll wieder aufleben, weil er durch Übertragung

---

159) So aber Eckert, ZHR 147 (1983), 565 (571)

seiner Rechtsposition das Recht verloren hat, sich auf die einmal erbrachte Einlageleistung zu berufen, und weil er sich wegen Fehlens des Nachfolgevermerks auch nach Eckert gerade nicht auf die haftungsfreie Übertragung des Anteils berufen kann.

Es ist nicht möglich anzunehmen, daß der Altkommanditist in Höhe der Verluste, die seine Einlage minderten, auch nach Übertragung seiner Rechtsposition eine Einlage behält, die jetzt Null ist, keine Mitgliedschaftsrechte verkörpert, aber die Berufung auf ihre ehemalige Erbringung gestattet. Nur in dieser gekünstelten Weise ließe sich die Konsequenz der These von Eckert für den Altkommanditisten begründen. Eine Aufspaltung des Rechts zur Berufung auf die einmal erbrachte Einlage ist deshalb nicht begründbar.

Im Ergebnis ist es deshalb für die Rechtsfolgen bei fehlendem Nachfolgevermerk unerheblich, ob die übertragene Einlage durch Verluste gemindert war oder nicht.

G) Eintragung des Nachfolgevermerks und Erwerb des Anteils durch Komplementär

Neben dem Problem der Übertragung einer abgesunkenen Einlage bleibt zu untersuchen, ob die Eintragung des Rechtsnachfolgevermerks für alle Fälle der Abtretung einer Kommanditbeteiligung ein Wiederaufleben der Haftung nach § 172 IV HGB verhindert. Dies erscheint zweifelhaft bei Abtretung der Kommanditbeteiligung an einen Komplementär

und Abfindung aus dessen Privatvermögen.[160] Für diesen Fall könnte ein Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten erwägenswert sein,[161] weil der Komplementär schon vor der Abtretung den Gläubigern mit seinen gesamten Privatvermögen haftete. Erhält nun der Kommanditist für die Abtretung seines Anteils Zahlungen von dem Komplementär, könnte man darin eine Verringerung der den Gläubigern haftenden Vermögensmassen sehen und deshalb ein Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten analog § 172 IV HGB erwägen.
Die Eintragung der Übernahme ist jedoch zur Lösung dieses Falles ohne Bedeutung.
Der Eintragung des Vermerks kommt nur für den Fall der Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils an einen Dritten entscheidende Bedeutung zu. Nur in diesem Fall findet mit Sicherheit keine effektive Verminderung der den Gläubigern haftenden

---

160) M. E. kann auch in diesem Fall nicht auf die Eintragung eines Nachfolge- bzw. Übernahmevermerks verzichtet werden. Zwar geht der Kommanditanteil beim Erwerb durch den Komplementär unter. Die bloße Eintragung des Ausscheidens des Altkommanditisten wird jedoch dem Vorgang nicht gerecht, weil ja in Wirklichkeit die Übertragung des Anteils auf einen Dritten stattfindet, auch wenn der Anteil dadurch untergeht. Um ein Wiederaufleben der Haftung nach § 172 IV HGB zu verhindern, muß auch in diesem Fall ein Übernahmevermerk eingetragen werden.

161) Zum Problem siehe: Steckhan, DNotZ 1974, 69 ff; Petzhold, DNotZ 1975, 529 ff; Riegger, BB 1975, 1282 ff; Bälz, BB 1977, 1481 ff; ferner BGHZ 61, 149 ff; Schmidt, GR, §§ 54 II, 2d, 54 III,4

Vermögensmassen statt, so daß eine Haftung aus § 172 IV HGB wegen Schmälerung des Zugriffobjekts ausscheidet. Für die Frage dagegen, ob die Erfüllung des Abfindungsanspruchs aus dem Vermögen des Komplementärs eine Verringerung der den Gläubigern haftenden Kapitalmasse ist mit der Folge, daß schon deshalb § 172 IV HGB eingreifen muß, gibt die Eintragung eines Übernahmevermerks nichts her.
Eine Haftung des Altkommanditisten in diesen Fällen hängt somit nicht von der Eintragung oder Nichteintragung eines Rechtsnachfolgevermerks ab, sondern davon, ob man in der Leistung des Übernehmers eine Verringerung des den Gläubigern haftenden Vermögens sieht und daran die Rechtsfolge des § 172 IV HGB knüpft.[162]

Daneben ist als selbstverständlich zu bemerken, daß die Eintragung eines Nachfolgevermerks nichts daran ändert, daß bei Übertragung eines nicht voll eingezahlten Anteils sowohl der Altkommanditist als auch der Neukommanditist in Höhe des ausstehenden Betrages den Gläubigern haften.[163] Das ergibt sich für den Neukommanditisten daraus, daß er durch die

---

162) So etwa Steckhan, DNotZ 1974, 69 (73); ablehnend neustens BGHZ 93, 246 (250f) mit der Begründung, das Vermögen des persönlich haftenden Gesellschafters sei dem Zugriff der Gläubiger nur in seinem jeweiligen Bestand ausgesetzt und unterfalle nicht dem Kapitalerhaltungsgrundsatz

163) GZS RG, DNotZ 1944, 195 (199); Huber S. 400; Baumbach § 172, 3; Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 173 Rdn. 31

Rechtsnachfolge nur die gleiche, aber keine bessere Stellung als sein Vorgänger erlangen kann. Der Altkommanditist hingegen war, solange seine Einlage nicht voll erbracht war, in Höhe des Restbetrages gegenüber der Gesellschaft und gegenüber eventuellen Gläubigern zur Zahlung verpflichtet. Da diesen Gläubigern kein neuer Schuldner für den alten aufgedrängt werden darf, ist der Altkommanditist, solange die Einlage nicht voll bezahlt ist, weiter zur Leistung ihnen gegenüber verpflichtet.

Fehlt im Fall der Übertragung eines nicht voll eingezahlten Anteils der Nachfolgevermerk, bewirkt dies nach der hier vertretenen Lösung, daß der Neukommanditist den Gläubigern nur in Höhe des fehlenden Betrages haftet, während die Haftung des Altkommanditisten ganz nach § 172 IV HGB wieder auflebt. Der Neukommanditist kann sich darauf berufen, daß er in Höhe der Leistung des Altkommanditisten auf die Einlage einen haftungsfreien Anteil erworben hat.[164] In Höhe des Restbetrages muß er haften, weil er nicht mehr erwerben kann als sein Vorgänger hatte. Der Altkommanditist haftet in Höhe der vollen Einlage, weil er sich bei Übertragung eines nicht voll eingezahlten Anteils nicht besser stehen kann als bei Übertragung eines voll eingezahlten Anteils, bei dessen Übertragung die Haftung voll wieder auflebt. Bezüglich des Betrages der nicht erbrachten Einlage darf er den Gläubigern keinen neuen Schuldner aufdrängen.

---

164) Siehe oben S. 20f

Bezüglich des Betrages, den er ursprünglich als Einlage erbracht hatte, lebt seine Haftung nach § 172 IV HGB wieder auf, weil er seinen Anteil übertragen hat und kein Rechtsnachfolgevermerk eingetragen wurde.[165]

H) Wirkung von Rückzahlungen nach Anteilübertragung

Haftungsfragen ergeben sich weiter, wenn bei haftungsfreier Übertragung nach den genannten Bedingungen später Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen an den Alt- oder den Neukommanditisten vorgenommen werden.

1) Rückzahlung an den Neukommanditisten

Zunächst soll untersucht werden, welche Folgen eine Rückzahlung an den Neukommanditisten für die Haftung des Altkommanditisten hat.
Sicher lebt die Haftung des Neukommanditisten nach § 172 IV HGB wieder auf.
Nach herrschender Meinung[166] soll dies auch bezüglich der Haftung des Altkommanditisten gelten. Dies wird damit begründet, daß der Altkommanditist den Altgläubigern keinen schlechteren Schuldner

---

165) Dazu oben S. 35, 40ff, 48ff

166) GZS RG, DNbtZ 1944, 195 (199); BGH, NJW 1976, 751 (752); Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl.§ 173 Rdn.11; Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 173 Anm. 28; Flume, PG S. 357 f

aufdrängen dürfe[167] oder daß der Altkommanditist bei der Anteilsübertragung eine Gewährschaft für den Neukommanditisten übernehme.[168] Daneben wird darauf verwiesen, daß, wenn bei rückständiger Einlage die Leistung des einen dem anderen zugute komme, auch die Rückzahlung an einen dem anderen schaden müßte.[169] Schließlich wird noch gesagt, daß nur durch die Einheitlichkeit der Einlage die Möglichkeit bestehe, durch einmalige Erbringung der Einlage die Haftung beider auszuschließen. Diese Einheitlichkeit der Einlage für beide bedinge es dann auch, daß bei Rückzahlung auf diese Einlage beide haften müßten.[170]

Fraglich ist, ob gerade diese letzte Anschauung der Problematik bei Übertragung eines Kommanditanteils gerecht wird. Wie schon oben dargelegt,[171] trifft es nicht zu, daß die Einheitlichkeit der Einlage der entscheidende Gesichtspunkt bei der Anteilsübertragung und den damit zusammenhängenden Haftungsfragen ist.

Alt- und Neukommanditist sind nicht Inhaber desselben Anteils. Nach der Übertragung des Anteils an den Neukommanditisten ist nur dieser Gesellschafter. Nur er ist Inhaber des Anteils und nur für ihn wirkt die Einlageleistung. Es ist ferner unzutreffend,

---

167) GZS RG, DNbtZ 1944, 195 (199); BGH, NJW 1976, 751 (752); Nitschke S. 388 f

168) Heymann/Kötter § 133 Anm. 2 S. 677

169) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 173 Anm. 28 Nr.4; ähnlich Wiedemann S. 225

170) Flume, PG S. 357 f; Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 173 Anm. 28 Nr. 4

171) Vergl. S. 49ff

daß die Haftung des Altkommanditisten nach Anteilsübertragung nur deshalb nicht wieder auflebe, weil eine Rechtsnachfolge in den Anteil vorliege und die daraus folgende Einheitlichkeit der Einlage für Alt- und Neukommanditist die Haftung beider ausschlösse.

Der Altkommanditist ist von der Haftung nach Übertragung nicht deshalb befreit, weil für ihn die auf den Neukommanditisten übertragene Einlage weiterwirkt, sondern weil im Wege der Rechtsfortbildung die Möglichkeit der haftungsfreien Übertragung einer Kommanditeinlage geschaffen wurde. Da Alt- und Neukommanditist somit nicht Inhaber eines einheitlichen Anteils sind, haften auch nicht beide nach dem jeweiligen Zustand dieses Anteils. Nur der Neukommanditist ist Inhaber des Anteils und haftet nach dessen haftungsrechtlichem Status.[172] Mit der Einheitlichkeit der Einlage läßt sich die Haftung des Altkommanditisten nach Rückzahlung an den Neukommanditisten nicht erklären. Diese kann sich folglich nur aus allgemeinen Erwägungen ergeben.

Dabei wird zunächst darauf verwiesen, der Altkommanditist müsse haften, weil es einen allgemeinen Rechtssatz gebe, daß dem Gläubiger kein anderer Schuldner aufgedrängt werden dürfe.[173]

---

172) Ähnlich Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (257 li. Spa. a. E.); ders. in Schlegelberger § 173 Rdn. 31

173) GZS RG, DNbtZ 1944, 195 (199); BGH, NJW 1976, 751 (752); Nitschke S. 388 f

Dabei ist jedoch zweifelhaft, ob der Kommanditist in diesem Sinne überhaupt Schuldner des Gläubigers ist.

Der Kommanditist könnte Schuldner sein, wenn er Vertragspartner des Gläubigers wäre. Dies wurde in der älteren Literatur angenommen, weil die Personenhandelsgesellschaft nicht rechtsfähig sei und folglich nur die Gesellschafter zusammen Träger von Rechten und Pflichten sein könnten.[174] Dieser Ansatzpunkt ist in der neueren Literatur zu Recht bestritten worden. Bessere Argumente sprechen dafür anzuerkennen, daß die Personenhandelsgesellschaft selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann.[175]

Der Kommanditist ist auch dann Schuldner des Gläubigers, wenn er neben der Gesellschaft dem Gläubiger etwas schuldet, d.h. zu einer Leistung verpflichtet ist.[176] Dies wird nach § 128 HGB für persönlich haftende Gesellschafter angenommen.[177] Er schulde dem Gläubiger in gleicher Weise Erfüllung von dessen Verbindlichkeit, wie es die Gesellschaft schulde.[178]

---

174) Vergl. nur Weipert in GK HGB 2. Aufl. § 171 Anm. 3 und § 128 Anm. 2

175) Grundlegend für die Gesamthand Flume, ZHR 136 (1972), 177 ff und FS für Reinhardt, 223 (230)

176) Larenz, ATS § 2 I S. 6

177) Kraft/Kreutz S. 153 unter bb

178) Düringer (Flechtheim) § 128 Anm. 3; Lehmann/Dietz S. 163; Reinhardt/Schulz Rdn. 131ff; Hueck, § 15 III,2; Kraft/Kreutz E III, 4c; a. A. nur Haftung Fischer in GK HGB 3. Aufl. § 128

Zweifelhaft erscheint, ob auch der Kommanditist von der Entstehung bis zur Erfüllung der Verbindlichkeit in diesem Sinne als Schuldner des Gläubigers bezeichnet werden kann und ob sein Schulden wirklich prinzipiell mit dem des Komplementärs identisch ist.[179]
Der Komplementär wird automatisch Schuldner des Gläubigers, wenn dieser eine Forderung gegen die Gesellschaft erwirbt. Er bleibt sein Schuldner, bis die Forderung beim Gläubiger erfüllt ist. Leistungen an die Gesellschaft in Höhe der Forderung des Gläubigers haben auf sein Schulden dem Gläubiger gegenüber keinen Einfluß. Er schuldet weiter.

Einer anderen Konzeption folgt die Kommanditistenhaftung. Bei dieser ist zunächst zweifelhaft, ob der Inhalt der Verpflichtung des Kommanditisten mit dem Inhalt der Verpflichtung der Gesellschaft übereinstimmt. Diese Frage ist schon für den persönlich haftenden Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft umstritten. Nach einer Ansicht schuldet der persönlich haftende Gesellschafter genauso, wie die Gesellschaft schuldet (Erfüllungs-

---

Anm. 9, Wieland, HR S. 637 ff; Müller-Erzbach, HR S. 205; John S. 254ff

179) So Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 171 Anm. 3; Westermann Rdn. 902; Crezelius, BB 1983, 5 (7); Keuk, ZHR 135 (1971), 410 "gleiche Qualität aber anderer Charakter"

theorie).[180] Die Gegenansicht will den persönlich haftenden Gesellschafter nur auf das Interesse haften lassen (Haftungstheorie).[181] Diesem Streit liegt die Würdigung der sich gegenüberstehenden Interessen der Gläubiger und der Gesellschafter zugrunde.[182] Die Gläubiger erwarten eine umfassende Haftung der Gesellschafter. Diese haben ein Interesse an der Verschonung ihrer Privatspähre. Die letztgenannte Erwägung spricht gegen eine Anwendung der Erfüllungstheorie auf den Kommanditisten. Im Regelfall ist bei diesem nämlich die gesellschaftsfreie Privatspähre größer als beim persönlich haftenden Gesellschafter, weil er nach §§ 164, 170 HGB grundsätzlich von der Lenkung der Geschicke der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Diese Respektierung der Privatspähre kommt auch im Gesetz zum Ausdruck, weil es dem Kommanditisten ermöglicht, sich jeder Inanspruchnahme der Gläubiger durch Leistung der Einlage zu entziehen.[183]

Da die Erfüllungstheorie deshalb nicht auf die Haftung des Kommanditisten paßt, ist die Verpflichtung der Gesellschaft im Re-

---

180) BGHZ 5, 35 (37); 34, 293 (297); Flume, FS für Reinhardt, 223 (229); Schlegelberger (Geßler) § 128 Rdn. 2; Düringer (Flechtheim) § 128 Anm. 3 ff;

181) Fischer in GK HGB 3. Aufl. § 128 Anm. 9; Wieland, HR S. 637 ff; Müller-Erzbach, HR S. 205 John S. 254 ff

182) Dazu Wiedemann, GR S. 288

183) Ebenso Wiedemann, GR S. 287

gelfall[184] nicht inhaltsgleich mit der[185] Verpflichtung des Kommanditisten.
Abgesehen davon, entspricht die Verpflichtung des Kommanditisten auch nicht in der Höhe der Verpflichtung der Gesellschaft, wenn diese wertmäßig höher als die Haftsumme des Kommanditisten ist, weil die Haftung des Kommanditisten nach §§ 171 I, 1 HS, 172 HGB auf die Höhe der Haftsumme beschränkt ist.
Dies zeigt, daß die Anschauung vom Kommanditisten als Schuldner des Gläubigers der Kommandistenhaftung nicht gerecht wird. Schuldner des Gläubigers ist allein die Gesellschaft. Der Kommanditist hingegen schuldet dem Gläubiger nicht, sondern er haftet nur für die Erfüllung der Schuld der Gesellschaft, also für eine fremde, nicht eigene Schuld.[186]
Schon deshalb kann der Satz, dem Gläubiger dürfe kein neuer Schuldner aufgedrängt werden, keine Haftung des Altkommanditisten

---

184) Eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn der Kommanditist gegenüber der Gesellschaft zur gleichen Leistung verpflichtet ist, die der Gläubiger von der Gesellschaft fordert. Vergl. dazu Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 171 Anm. 9

185) Wie hier Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl.§ 171, 172 Rdn. 16 Rdn., ders., GR, § 53 IV, 3; a.A die h. M., die davon ausgeht, die Haftung von Komplementär und Kommanditist sei prizipiell gleich. Vergl. etwa Schlegelberger (Geßler) § 171 Rdn 2, § 128 Rdn. 2; Düringer (Flechtheim) § 171 Anm. 2ff

186) Über den grundsätzlichen Unterschied zwischen Schuld und Haftung vergl. Schreiber, passim, besonders S. 20ff; Larenz, ATS, § 2 IV

für Empfänge des Neukommanditisten begründen, weil der Altkommanditist nicht Schuldner des Gläubigers in diesem Sinne ist. Allenfalls könnte man sagen, dem Gläubiger dürfe kein neuer Haftender aufgedrängt werden, und deshalb müsse der Altkommanditist für Rückzahlungen an den Neukommanditisten einstehen.

Fraglich ist jedoch, ob der Kommanditist überhaupt von der Entstehung bis zur Erfüllung der Forderung des Gläubigers für die Erfüllung haftet.
Unzweifelhaft ist, daß der Kommanditist dem Gläubiger für die Erfüllung der Schuld der Gesellschaft haftet, wenn er bei Entstehung der Verbindlichkeit seine Einlage nicht geleistet hatte. Gleiches gilt nach § 172 IV HGB, wenn ihm nach Entstehung der Verbindlichkeit die ehemals voll erbrachte Einlage zurückbezahlt wird, zumindest ab Rückzahlung. Fraglich ist aber, ob der Kommanditist auch dann dem Gläubiger haftet, wenn er bei Entstehung der Verbindlichkeit seine Einlage voll erbracht hatte. Dies muß wegen der Möglichkeit des Haftungsausschlusses durch § 171 I, 2 HS HGB verneint werden.[186a)]
Hat der Kommanditist seine Einlage voll erbracht, bevor der Gläubiger seine Forderung erwarb, ist seine Haftung diesem gegenüber ausgeschlossen. Das ergibt sich daraus, daß das Gesetz die persönliche Haftung des Kommanditisten für Verbindlichkeiten jeden Rechtsgrundes nur

---

186a) So auch Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. §§ 171, 172 Rdn. 4

anordnen, solange und soweit er seine der Gesellschaft versprochene Risikobeteiligung nicht erbracht hat. Daraus folgt, daß das Risiko des Kommanditisten immer gleich hoch ist. Hat er seine Einlage geleistet, haftet er nicht. Hat er sie nicht oder nur teilweise geleistet, haftet er in Höhe des fehlenden Betrages.
Der Kommanditist haftet dem Gläubiger auch dann nicht mehr, wenn er nach Entstehung der Verbindlichkeit seine Einlage leistet, weil er dann die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Risikobeteiligung erbracht hat.

Es bleibt somit festzuhalten, daß der Kommanditist dem Gläubiger nicht haftet, sobald er die von ihm versprochene Risikobeteiligung erbracht hat. Daraus folgt, daß der Kommanditist bei Abtretung eines voll eingezahlten Anteils nicht mehr haftete. Spätere Rückzahlungen an den neuen Inhaber des Anteils können deshalb aus dem Gesichtspunkt, dem Gläubiger dürfte kein neuer Haftender aufgedrängt werden, ein Wiederaufleben der Haftung gegenüber dem Altkommanditisten nicht begründen.

Nach der gesetzlichen Struktur der Kommandistenhaftung liegt bei ihr der primäre Aspekt nicht auf der Person des Kommanditisten als Schuldner der Gläubiger, sondern auf einem summenmäßig begrenzten Risikobeitrag zum haftenden Kapital.[187] War dieser Beitrag erbracht, kommt es auf

---

187) Ebenso Schmidt, GmbHRdsch 1981, 253 (257); vergl. auch Wiedemann, FS für Bär, 1037 (1038); Müller-Graff, JuS 1979, 24 aber auch 25

die Person des Kommanditisten gegenüber der Vermehrung des Haftungskapitals nicht mehr entscheidend an. Ein Vertrauen des Gläubigers in gleichbleibenden Gesellschafterbestand und die Zahlungsfähigkeit eines bestimmten Kommanditisten ist deshalb nicht Grundlage der Kommanditistenhaftung.[188]

Daneben ist für eine Haftung des Altkommanditisten bei Rückzahlungen an den neuen nach Anteilsübertragung auf eine Gewährschaft für den neuen verwiesen worden.[189] Hiergegen hat Karsten Schmidt zu Recht eingewandt, daß sie im geltenden Recht keine Stütze finde.[190]

Auch das Argument von Schilling,[191] wenn dem Altkommanditisten Leistungen des Neukommanditisten auf einen nicht voll bezahlten Anteil zugute kämen, müßten auch Zahlungen an diesen zu seinen Lasten gehen, überzeugt nicht. Hierbei werden unzulässigerweise die Voraussetzungen eines Haftungsausschlusses mit dem Wiederaufleben der Haftung vermengt.
Sowohl für den Altkommanditisten als auch für den Neukommanditisten ist eine bestimmte Haftsumme eingetragen. In Höhe dieser Haftsumme haften beide bei Eintragung eines Nachfolgevermerks, bis ein der Haftsumme entsprechender Betrag zum haften-

---

188) Richtig Schmidt, Einlage S. 113

189) Heymann/Kötter § 173 Anm. 2 S. 677

190) GmbHRdsch 1981, 253 (257); ebenso Flume, PG S. 357

191) In GK HGB 3. Aufl. § 173 Anm. 28 Nr. 4

den Kapital erbracht ist. Der Nachfolgevermerk bewirkt, daß der Beitrag zum haftenden Kapital nur einmal erbracht werden muß. Dagegen bewirkt er nicht, daß eine Zahlung des Altkommanditisten zur Abdeckung seiner Haftsumme auch als Resteinlage für den Neukommanditisten wirkt, wenn nicht Einlageleistung durch einen Dritten vorliegt. Auch für eventuelle Rückzahlungen hat der Vermerk keine Wirkung. Der Zusammenhang zwischen §§ 171 I, 172 IV HGB beschränkt sich darauf, welche Arten der Leistung (auf die Einlage oder auf die Haftung) eine Haftung entfallen lassen und welche Arten der Rückzahlung deshalb eine Haftung wieder aufleben lassen. Ein Zusammenhang zwischen der Wirkung der Leistung für mehrere und folglich auch der Wirkung der Rückzahlung für mehrere besteht dagegen nicht. Er wird auch nicht durch die Eintragung des Nachfolgevermerks hergestellt. Somit kommt der Leistung des Beitrags für diesen Fall keine Indizwirkung für eventuelle Rückzahlungen zu.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß Zahlungen an den Neukommanditisten nur dessen Haftung nach § 172 IV HGB wieder aufleben lassen. Der Altkommanditist haftet nicht, weil es, wie oben gezeigt, keine rechtliche Handhabe gibt, den Altkommanditisten für Empfänge des Neukommanditisten haften zu lassen.[192]

---

192) So auch Weipert in GK HGB 2. Aufl. § 173 Anm 25; Richert, NJW 1958, 1472 (1474); im Ergebnis so: Huber S. 400 unter Berufung auf § 425 BGB; Schmidt, Einlage S. 112 mit dem Hinweis, daß der

2) Zahlung an den Altkommanditisten

Ebenfalls umstritten ist, welche Wirkung Zahlungen der Gesellschaft an den Altkommanditisten ohne Gegenleistung nach Abtretung des Anteils und Eintragung des Nachfolgevermerks haben. Zur Verdeutlichung der Problematik diene folgendes Beispiel:

Die Gesellschaft hat großes Interesse, daß der Kommanditist seinen Anteil an einen Dritten überträgt. Sie bietet ihm deshalb an, nach der Abtretung von ihm der Gesellschaft überlassene Gegenstände zu überhöhten Preisen anzukaufen.
Die Durchführung solcher Geschäfte mit einem aktuellen Kommanditisten wird ohne weiteres als ein Unterfall des § 172 IV HGB angesehen und mit dem Wiederaufleben der Haftung gekoppelt.[193] Zweifelhaft ist, wie solche Geschäfte mit einem Altkommandi-

---

Gläubiger nicht darauf vertrauen könne, eine bestimmte Person sei noch Kommanditist; ders. in Schlegelberger 5. Aufl. § 173 Rdn. 33 mit der Auffassung nur der Neue sei Inhaber, und nur er deshalb für die Erhaltung des haftenden Kapitals verantwortlich; Lehmann/ Dietz S. 211 unter Berufung darauf, daß der Altkommanditist keine Einlageverpflichtung habe, die Wiederaufleben könne; Uhlenbruck S. 98 mit der Begründung, daß der Altkommanditist nach seinem Ausscheiden auf die bestehende Haftungslage keinen Einfluß mehr habe; Baumbach § 172, 3 ohne Begründung

193) Dazu, daß dies als Anwendungsfall des § 172 HGB angesehen wird vergl: Schmidt, Einlage S. 85 ff; einschränkend Konietzko S. 113 f; siehe auch oben S. 38

tisten zu würdigen sind. Die herrschende Meinung läßt bei Zahlungen an den Altkommanditisten ohne entsprechende Gegenleistung die Haftung beider Kommanditisten aufleben,[194] während die Mindermeinung[195] nur die Haftung des Empfängers wieder aufleben lassen will.

Zur Begründung der Haftung des Neukommanditisten wird angeführt, er hafte, weil es um seinen Anteil und um seine Deckungspflicht gehe.[196]

Diese Auffassung überzeugt nicht. Geht man davon aus, daß nicht für Alt- und Neukommanditist eine einheitliche Einlage besteht, sondern nur der Neukommanditist Inhaber des Anteils und der Einlage ist, so wird seine Stellung durch die Zahlung an den Altkommanditisten nicht berührt. Keine der Alternativen des § 172 IV HGB für ein Wiederaufleben der Haftung ist in seiner Person erfüllt. Selbst hat er keine Zahlung erhalten und der Gesellschaft auch nicht seine Einlage als solche entzogen. Er haftet deshalb nicht. Folglich bleibt allein eine Haftung des Altkommanditisten als Empfänger übrig.

---

194) GZS RG, DNbtZ 1944, 195 (199); Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 173 Rdn. 11; Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 173 Anm. 28 Nr. 4; Weipert, DR 1943, 270 (276) anders in GK HGB 2. Aufl. § 173 Anm. 25; für diesen Fall auch Schmidt, Einlage S. 112

195) Huber S. 400; Westermann Rdn. 927; Weipert in GK HGB 2. Aufl. § 173 Anm. 25

196) So Schmidt, Einlage S. 112

Problematisch könnte aber auch eine Anwendung des § 172 IV HGB auf den Altkommanditisten deshalb sein, weil er nicht mehr Inhaber einer Einlage ist und deshalb seine Einlage nicht zurückerhalten kann.[197] Das besagt jedoch nicht, daß ein Wiederaufleben der Haftung des Altkommanditisten ausgeschlossen ist.

Grundsätzlich unterscheidet sich die Haftung eines Altkommanditisten nämlich nicht von der Haftung eines aktuellen Kommanditisten. Hatte er seine Einlage nie erbracht und scheidet er aus, haftet er den Altgläubigern wie ein normaler Kommanditist nach § 171 I HGB nur mit der Einschränkung in § 159 HGB.
Scheidet er aus und wird ihm sein Abfindungsguthaben ausbezahlt, lebt seine Haftung nach § 172 IV HGB im Rahmen des § 159 HGB gegenüber den Altgläubigern wieder auf, genauso wie beim Entzug der Einlage durch einen aktuellen Kommanditisten. Einem aktuellen Kommanditisten ist aber auch verwehrt, zu Lasten der Gläubiger das diesen haftende Vermögen der Gesellschaft zu verringern, ohne daß seine Haftung wieder auflebt.[198] Der Schutzzweck des § 172 IV HGB, auch eine begrenzte Kapitalerhaltung sicherzustellen,[199] erfordert eine Anwendung der Vorschrift wie bei aktuellen

---

197) Schmidt, Einlage S. 112; Lehmann/Dietz S. 211, der daraus schließt, daß auch die Haftung des Altkommanditisten trotz Zahlung an ihn nicht wiederaufleben könne.

198) Vergl. oben S. 38ff

199) Dazu näher Schmidt, Einlage S. 78 ff

Kommanditisten auch auf ausgeschiedene Kommanditisten, denn die Gefahr einer Verringerung des haftenden Kapitals zu deren Gunsten ist ebenso gegeben wie bei aktuellen Kommanditisten.

Für das Wiederaufleben der Haftung des Altkommanditisten ist aber folgende Besonderheit zu beachten. Die Haftung eines aktuellen Kommanditisten lebt bei Rückzahlung nur dann wieder auf, wenn dadurch seine Haftsumme nicht mehr gedeckt ist.[200] Diese Einschränkung gilt für den Altkommanditisten nicht. Er ist nicht mehr Inhaber eines Anteils und einer Einlage. Er kann sich deshalb nicht darauf berufen, seine ursprüngliche Einlage sei höher als die Haftsumme gewesen oder er habe Gewinne stehenlassen und sich nur den überschießenden Betrag auszahlen lassen. Alle diese Rechte sind mit Übertragung des Anteils auf den Neukommanditisten übergegangen. Eine die Haftsumme übersteigende Einlage und stehengelassene Gewinne wirken nur zu dessen Gunsten.
Dies führt dazu, daß jede Zahlung an den Altkommanditisten ohne gleichwertige Gegenleistung automatisch zu einem Wiederaufleben der Haftung führt, weil eine Überdeckung der Haftsumme durch eine höhere Einlage mangels Einlage nicht möglich ist.

---

200) BGHZ 60, 324 (327f); Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 172 Anm. 30; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 172 Rdn. 16; Westermann Rdn. 926; a. A. Schmidt, Einlage S. 79, nach dem § 172 IV HGB jede das Gesellschaftsvermögen mindernde Leistung erfaßt.

Deshalb gilt zumindest im Verhältnis zum Altkommanditisten der Kapitalerhaltungsgrundsatz für das vorhandene Kapital und nicht nur für das zur Abdeckung der Haftsumme nötige Kapital.[201]

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß nach Abtretung des Kommanditanteils und Zahlungen an den Altkommanditisten ohne Gegenleistung immer nur die Haftung des Altkommanditisten nach § 172 IV HGB wieder auflebt.

---

201) Dazu näher Schmidt, Einlage S. 79 ff., der den Kapitalerhaltungsgrundsatz uneingeschränkt auf alle Kommanditisten anwenden will.

Zweiter Teil: Die Haftung des Kommanditisten im Rahmen des § 176

A) Die Ratio der Vorschrift

Die Anwendung und Deutung des § 176 HGB gehört zu den umstrittensten Fragen im heutigen Recht der Personengesellschaft. Uneinigkeit besteht schon hinsichtlich des der Vorschrift zugrundeliegenden Gesetzeszwecks.

1) Sanktionscharakter der Norm

Ursprünglich wurde die Vorschrift als zivilrechtliche Strafe für die Geschäftsaufnahme vor Eintragung angesehen.[202] Auf die Gesellschafter solle Druck zur Veranlassung ihrer Eintragung ausgeübt werden.[203] Diese Lehre von der Strafunktion des § 176 HGB kann heute als überwunden gelten. Gegen sie spricht entscheidend,[204] daß die unbeschränkte Haftung des § 176 HGB auch eintritt, wenn die Eintragung infolge Behördenversehens unterbleibt.[205]

---

202) RGZ 128, 172 (181); OLG Frankfurt, BB 1970, 333; Kornblum S. 250; Berg JuS 1974, 685 (692)

203) Westermann Rdn. 912; Hofmann, GmbHRdsch. 1970, 182 (184)

204) Beyerle S. 63; ders. DB 1973, 557 (559); Priester, BB 1980, 911 (912)

205) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 4; Koenige § 176 Anm. 3

Eine Bestrafung ohne Schuld des zu Bestrafenden ist aber systemwidrig.
Ferner läßt sich die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung bei Kenntnis des Gläubigers mit einer Straffunktion der Vorschrift nicht in Einklang bringen.[206]
Schließlich weist Axer[207] zutreffend daraufhin, daß § 176 HGB nicht bei bloß fehlender Eintragung eingreift (wie bei einer bloßen Sanktion folgerichtig), sondern nur wenn ein Dritter betroffen ist, um seinen Nachteil auszugleichen.
Der durch die Androhung der unbeschränkten Haftung sicherlich ausgeübte Druck zur Eintragung ist deshalb nicht Selbstzweck, sondern nur Folge einer anderen ratio der Vorschrift.[208]

2) § 176 nur Klarstellungsfunktion

Welche diese ratio sein könnte, wird allerdings nicht einheitlich beurteilt. Nach Ansicht von Siegmund/van Venrooy[209] kommt § 176 HGB nur Klarstellungsfunktion zu.
Dies wird damit begründet, aus § 161 I HGB folge zwingend, daß eine Kommanditgesellschaft erst dann existiere, wenn bei mindestens einem Gesellschafter die Haftung

---

206) Böttcher S. 88; Limbach, GmbHRdsch 1967, 165 (166)

207) S. 194

208) Vergl. Priester, BB 1980, 911 (912); Crezelius, BB 1983, 5 (8); neuestens Knobbe-Keuk, FS für Stimpel, 187; im Ergebnis auch Emmel S. 96 f und 144

209) Rdn. 331

beschränkt sei. Dies sei jedoch im Normalfall erst mit Eintragung gegeben. Folglich existiere vorher eine OHG und keine Kommanditgesellschaft. Der Gesellschafter hafte als Gesellschafter einer OHG selbstverständlich unbeschränkt. Somit ordne § 176 HGB keine Haftung an, sondern bestimme nur, daß sie sich nach der wirklich vorliegenden Rechtsform richte.

Dieser Ansicht kann mit dieser Begründung nicht zugestimmt werden. Sie enthält einen bedenklichen Zirkelschluß. Nach Siegmund/van Venrooy existiert noch keine Kommanditgesellschaft, sondern eine OHG, weil bis zur Eintragung noch kein Gesellschafter beschränkt hafte. Deshalb stelle § 176 I HGB nur klar. Woraus sich aber ergibt, daß bis zur Eintragung kein Gesellschafter beschränkt haftet, bleibt im Dunkeln. Mangels näherer Ausführung kann deshalb nur geschlossen werden, daß sich die Vollhaftung bis zur Eintragung aus § 176 I HGB ergibt. Diese Anordnung in § 176 I HGB würde die Haftung aller Gesellschafter ergeben und deshalb eine OHG begründen. Damit begründet § 176 I HGB aber bei Siegmund/van Venrooy gerade das, was sie zur Begründung seiner bloßen Klarstellungsfunktion benutzen. Deshalb überzeugt diese Auffassung nicht.

Daneben ist die Annahme einer OHG vor Eintragung wegen der Beschränkungsmöglichkeit der Haftung nach § 176 I HGB bei Kenntnis des Gläubigers sehr zweifelhaft.[210]

---

210) Zum Folgenden Beyerle S. 72; vergl. auch Lieb, ZHR 141 (1977), 374 (376)

Im Recht der OHG gilt § 128 HGB, der für alle Gesellschafter die unbeschränkte Haftung anordnet. Diese kann nur durch eine spezielle Vereinbarung mit dem Gläubiger ausgeschlossen werden. Bei § 176 I HGB reicht jedoch eine bloße Mitteilung an den Gläubiger aus, um die Haftung zu beschränken. Seiner Zustimmung oder einer Vereinbarung bedarf es nicht. Es reicht schon aus, wenn der Kommanditist dem Gläubiger ohne Wissen des Komplementärs seine beschränkte Haftung mitteilt. Die Haftung ist dann beschränkt, ohne daß eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Komplementär vorläge. Da somit die Haftungsbeschränkung nicht vom Willen des Gläubigers abhängt, besteht ein wichtiger Unterschied zu dem für die OHG entscheidenden § 128 HGB. Im Zeitraum bis zur Eintragung liegt deshalb keine OHG vor.[211]

3) Eintragung als Enthaftungsvoraussetzung für den Kommanditisten

Eine neue Interpretation zu § 176 HGB ist kürzlich von Axer[212] begründet worden. Er behauptet, § 176 HGB sei aus der Sicht des Kommanditisten konzipiert. Ihm werde die Möglichkeit gegeben, durch die Eintragung seine beschränkte Haftung herbeizuführen.

---

211) Westermann Rdn. 833; Beyerle S. 71 ff; Spies S. 17 f; Bezeichnenderweise gehen auch Anhänger der These von der unbeschränkten Haftung als Regelfall nicht vom Vorliegen einer OHG aus: Crezelius, BB 1983, 5 (9) " KG ohne Eintragung"

212) S. 201, 215, 234, 237, 287, 293f, 306f, 334f

Einzig und allein die Vornahme dieser Eintragung sei für eine Haftung aus § 176 HGB entscheidend. Damit sei nicht die Frage der Haftung des Kommanditisten Inhalt der Norm, sondern die Enthaftung zu seinen Gunsten.[213] Die Haftung knüpfe allein an die unterlassene Eintragung an. So wolle das Gesetz ein Auseinanderfallen von materieller Rechtslage und Registerinhalt unbedingt verhindern.[214]

Gegen diese Auffassung bestehen Bedenken. § 176 HGB soll ausschließlich aus der Sicht des Kommanditisten konzipiert sein. Damit läßt sich kaum die Bestimmung in § 176 I, 1 HGB letzter Halbsatz in Einklang bringen. Danach haftet der nicht eingetragene Kommanditist nicht unbeschränkt, wenn seine Beteiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war. Diese Regelung zeigt eindeutig, daß die Sicht des Gläubigers für § 176 HGB entscheidend sein soll. Nicht die bloße Tatsache der Eintragung oder Nichteintragung, sondern die Schutzwürdigkeit des Gläubigers soll für eine Haftung ausschlaggebend sein.

Auch aus einem zweiten Grund wird m.E. die Sichtweise von Axer der Problematik bei § 176 HGB nicht gerecht. Schon lange gab es in Rechtsprechung und Literatur Tendenzen, den vielfach als zu hart empfundenen § 176 HGB in seiner Anwendung zu begrenzen.[215]

---

213) S. 201

214) S. 215

215) Vergl. BGHZ 78, 114 (117) und die Versuche von Binz S. 19ff, Priester, BB 1980, 911ff und

Für dieses Bemühen ist die Lösung von Axer ein Rückschritt, weil nach ihr eine Einschränkung der Haftung des Kommanditisten unmöglich ist. Indem man die Anwendung der unbeschränkten Haftung allein an das Fehlen der Eintragung ohne zusätzliche Kriterien bindet, wird der Norm vielmehr der größtmögliche Anwendungsraum gewährt.

Schließlich ist noch folgendes anzumerken: Axer stellt darauf ab, das Gesetz wolle durch die Anknüpfung bloß an die Eintragung auf jeden Fall das Auseinanderfallen von materieller Rechtslage und Registerinhalt verhindern. Es fragt sich aber, warum das Gesetz dies unbedingt erreichen will. Steht hinter dieser Begründung nicht der Gedanke, das Gesetz wolle dieses Auseinanderfallen zum Schutz des Dritten verhindern, so daß es nicht allein auf das Fehlen der Eintragung ankommen kann, sondern eher auf die Schutzwürdigkeit des Dritten.

In diese Richtung, aber nach seinem Ansatz wenig konsequent, schränkt Axer dann auch die Anwendung der Norm auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten ein[216], weil durch die unterlassene Aufklärung im Handelsregister die Entscheidung des Geschäftspartners bei deliktischen Verbindlichkeiten nicht beeinflußt worden sein könnte. Fälle, in denen eine Reaktion des Geschäftsverkehrs auf die unterlassene Offenlegung ausgeschlossen ist, sollen deshalb auch nach Axer § 176 HGB nicht unterfallen.

Schmidt in Schlegelberger 5.Aufl. § 176 Rdn 31 den Anwendungbereich der Norm zu begrenzen.

216) S. 330f, 336

Damit wird jedoch das Kriterium, entscheidend sei allein das Fehlen der Eintragung, aufgegeben und letztlich doch wieder auf die Schutzwürdigkeit des Dritten abgestellt, wie es auch die hier vertretene Lehre vom Vertrauensschutzcharakter des § 176 HGB tut.[217]

4) § 176 als unbeschränkte Regelhaftung

Eine andere Meinung deutet § 176 HGB als Ausdruck einer Regel, nach der der Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft grundsätzlich unbeschränkt zu haften habe.[218] Danach wäre die beschränkte Haftung nach § 171 HGB bei Eintragung die Ausnahme und der Ausschluß der Haftung bei Kenntnis des Gläubigers ein Anwendungsfall der exceptio doli.
Diese Auffassung ist neuestens ausführlich von Knobbe-Keuk[219] und Crezelius[220] begründet worden. Sie folgern ihr Ergebnis aus der gesetzlichen Entwicklung der

---

217) Siehe unten S. 93ff

218) Flume, PG S. 333; Crezelius, BB 1983, 5 (9); neuestens Knobbe-Keuk, FS für Stimpel, S. 187 ff besonders S. 194 ff; im Ergebnis auch Weismann, JuS 1985, 390 (394); dagegen aber Schlegelberger (Schmidt) § 176 Rdn 1, als nicht vereinbar mit der rechtlichen Ausgestaltung der Kommanditgesellschaft in den §§ 171ff. Nach § 176 bestehe zwar ein Haftungsrisiko, aber keine zwingend unbeschränkte Haftung

219) FS für Stimpel, S. 187 ff besonders 194 ff

220) BB 1983, 5 ff

Kommanditgesellschaft [221] und einem Vergleich zur Haftung bei der OHG. [222] Dabei stellen sie entscheidend darauf ab, daß die Qualität der Haftung eines Komplementärs und eines Kommanditisten gleich sei. [223] Das Handelsgesetzbuch behandle für die Frage der Haftung OHG und Kommanditgesellschaft grundsätzlich gleich. [224] Daraus folge, daß § 176 HGB nur Ausdruck der für Personenhandelsgesellschaften charakteristischen unbeschränkten Haftung sei. Diese unbeschränkte Haftung ergebe sich aus dem Wesen der Gesamthand, weil die Schuldverhältnisse der Gesamthand zugleich die Gesellschafter als eigene Sache angingen. [225] Die Gesellschaft entstehe schon vor ihrer Eintragung mit Geschäftsbeginn als Außengesellschaft. Damit sei konsequenterweise eine Haftung des Kommanditisten als Mitglied der Gesellschaft für deren Schulden gegeben. Eine Begrenzung dieser Schuldenhaftung der Höhe nach werde erst durch die Eintragung im Handelsregister herbeigeführt. [226]

Auf Zweifel bezüglich der Gleichheit der Haftung von Komplementär und Kommanditist ist schon oben [227] hingewiesen worden.

---

221) BB 1983, 5 (8); FS für Stimpel, S. 187 (196f)

222) BB 1983, 5 (9)

223) BB 1983, 5 (9); FS für Stimpel, S. 187 (195)

224) BB 1983, 5 (9)

225) Knobbe-Keuk, FS für Stimpel, S. 187 (195) im Anschluß an Flume, PG S. 326

226) Knobbe-Keuk, FS für Stimpel, S. 187 (197)

227) S. 69ff

Daneben bestehen gegen diese Auffassung noch andere Bedenken.
Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß der Gesetzgeber zwar verschiedene Gesamthandsgemeinschaften im HGB und BGB geschaffen hat, jedoch es vermieden hat, eine Entscheidung über das Wesen der Gesamthand zu treffen.[228] Auch scheint eine Lösung von Haftungsfragen aus dem Wesen der Gesamthand deshalb unergiebig, weil mit dem Gesamthandsprinzip so unterschiedliche Haftungsmaßstäbe, wie der Ausschluß der persönlichen Haftung beim nicht rechtsfähigen Verein, der Vorgesellschaft und der Kommanditgesellschaft nach § 171 I, 2 HGB und die unbeschränkte persönliche Haftung bei der OHG vereinbar sind.[229] Niemand wird indes bestreiten wollen, daß die Kommanditgesellschaft auch nach Eintragung des Kommanditisten, wenn dieser also mit Sicherheit beschränkt haftet, Gesamthandsgemeinschaft bleibt. Aus dem Wesen der Gesamthand läßt sich deshalb letztlich kein Schluß auf die Haftungslage für die Gesamthänder ziehen. Auch Knobbe-Keuk geht zu Recht davon aus, daß die Kommanditgesellschaft mit Aufnahme der Geschäfte als Außengesellschaft entsteht, behauptet aber dann, daß die Begrenzung der Haftung erst durch die Eintragung im Handelsregister bewirkt werde.[230] Dies ist aber nicht zwingend. Wie schon oben ausgeführt, entsteht die Gesellschaft mit Geschäftsauf-

---

228) Mugdan II S. 992
229) Ulmer, FS für Rob. Fischer, S. 785 (793); Wiesner, JuS 1981, 331 (333f)
230) FS für Stimpel, 186 (197)

nahme nicht als OHG, sondern als Kommanditgesellschaft.[231] Für eine Kommanditgesellschaft ist die beschränkte Haftung von Teilen ihrer Mitglieder wesensbestimmend (vgl. § 161 I HGB).[232] Die beschränkte Haftung der Kommanditisten beruht deshalb nicht darauf, daß diese nach dem Wesen der Gesamthand unbeschränkt haften müßten und die Eintragung eine Haftungsbeschränkung bewirkt, sondern darauf, daß mit der Aufnahme der Geschäfte eine Kommanditgesellschaft entsteht, für die die beschränkte Haftung von Teilen ihrer Gesellschafter wesensbestimmend ist.[233]
Daneben bestehen gegen die Annahme, § 176 HGB sei Ausdruck eines Prinzips der unbeschränkten Haftung in der Personengesellschaft, weitere Einwände. Die Haftung in der Personenhandelsgesellschaft darf nicht losgelöst von der Möglichkeit zur Geschäftsführung und Vertretung gesehen werden, denn gerade in der Personenhandelsgesellschaft gilt ein Prinzip der unbeschränkten Haftung nur als Teil des Prinzips der Einheit von Herrschaft und Haftung.[234]

---

231) Siehe dazu oben S. 83ff

232) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 161 Anm. 12

233) Ähnlich Eckert, JuS 1986, 122 (123). Zur Begründung der trotzdem grundsätzlich unbeschränkten Haftung des Kommanditisten bis zur Eintragung ausführlich unten S. 89 ff. Es ist nämlich zu unterscheiden, ob ein Gesellschafter tatsächlich beschränkt haftet (wahre Rechtslage) und ob er sich auf die Beschränkung der Haftung auch berufen kann (Rechtsscheinstatbestand).

234) Vergl. dazu ausführlich Beyerle S. 81 - 86

Gegen ein solches Prinzip der Einheit von Herrschaft und Haftung ist allerdings eingewandt worden, ihm widerspreche die dispositive Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte in OHG und Kommanditgesellschaft.[235] Dieser Einwand ist richtig. Das Gesetz läßt Ausnahmen von diesem Prinzip zu. Die Regelung des Gesetzes selbst jedoch geht für den Normalfall bei OHG, KG und Stiller Gesellschaft eindeutig von einem Zusammenhang zwischen Herrschaft und Haftung aus.[236] Auf diesen Zusammenhang weist auch Crezelius hin.[237] Dem Prinzip der unbeschränkten Haftung entspräche somit bei der Personenhandelsgesellschaft nach der Gesetzeslage eine unbeschränkte Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis. Wäre § 176 HGB nur Ausdruck eines dem Gesetz zugrundeliegenden Prinzips der unbeschränkten Haftung in der Personenhandelsgesellschaft, so fragt sich, wieso das Korrelat zu dieser unbeschränkten Haftung, die unbeschränkte Herrschaft, in § 176 HGB keine Erwähnung gefunden hat.[238]

---

235) Spies S. 20

236) So zu Recht Hofmann, NJW 1969, 577 (579)

237) BB 1983, 5 (8) unter Bezugnahme auf Müller-Erzbach, HR S. 228

238) Spies S. 19 weist zutreffend darauf hin, daß § 176 nur das Außenverhältnis regelt und deshalb seinem Schweigen keine Schlüsse bezüglich des Innenverhältnisses entnommen werden können. Daß er aber überhaupt schweigt und nicht regelt, läßt jedoch Rückschlüsse zu.

Daraus schließt die herrschende Lehre,[239] daß dem nach § 176 HGB Haftenden trotzdem nur die Rechte eines Kommanditisten zuständen.[240]

Bringt aber § 176 HGB das grundsätzliche Gleichgewicht zwischen Herrschaft und Haftung durcheinander, weil er die Herrschaftsbefugnisse zumindest offenläßt,[241] obwohl sie nach dem gesetzlichen Prinzip zu erweitern gewesen wären, so kann er nicht nur Ausdruck eines Prinzips der unbeschränkten Haftung sein. Ordnet § 176 HGB selbst nur die unbeschränkte Haftung an, ohne die Herrschaft zu erweitern, so muß es dafür einen Grund geben, der über die Wiederholung eines bestehenden Prinzips hinausgeht. Das durch die gesetzliche Regelung des § 176 HGB begründete Ungleichgewicht im gesetzlichen Prinzip der Einheit von Herrschaft und Haftung läßt sich nur

---

239) Weipert in GK HGB 2. Aufl. § 176 Anm. 14; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 176 Rdn. 7 und 9; Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn. 34 Heymann/Kötter § 176 Anm. 3 S. 682; Düringer (Flechtheim) § 176 Anm 7· Bohnenberg § 176 Anm. I b; a. A. Beyerle, der m. E. nicht überzeugend Gesamtvertretung aller Gesellschafter annimmt. Kritisch dazu Lieb, ZHR 141 (1977) 374 (378)

240) Diese Annahme mag im Ergebnis richtig sein. § 176 läßt dies jedoch m. E. offen.

241) Daß eine Erweiterung der Herrschaftsbefugnisse aus allgemeinen Erwägungen jenseits von § 176 u. U. angebracht ist, ändert nichts daran, daß § 176 als gesetzliche Regelung diese Erweiterung nicht vornimmt.

erklären, wenn § 176 HGB mehr enthält als bloße Wiederholung der Regel, daß in der Personenhandelsgesellschaft unbeschränkt gehaftet wird.

Dieses Ergebnis wird auch durch den Wortlaut des § 176 I HGB gestützt. Wäre er nur Ausdruck eines sowieso geltenden Prinzips, so wäre die gewählte Formulierung wegen Selbstverständlichkeit überflüssig. § 176 I HGB müßte dann vielmehr lauten: "Der Kommanditist haftet nicht mehr unbeschränkt, wenn die Kommanditgesellschaft eingetragen ist."
Ebenso läßt sich die Anordnung der Haftung "gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter" nicht mit einem Prinzip der unbeschränkten Haftung vereinbaren.

5) § 176 als Vertrauensschutznorm

Auch bei den Vertretern der Meinung des § 176 HGB als Ausdruck des Prinzips der unbeschränkten Haftung schwingt noch ein anderer Aspekt mit. So meint Crezelius,[242] daß die Eigenart der Haftungsbeschränkung erst zum Tragen komme, wenn sie durch Eintragung nach außen kundgemacht werde. Damit wird der entscheidende Gesichtspunkt bei § 176 HGB angesprochen. Dem Gesetz kommt es darauf an, daß Außenstehende erkennen können, für wen, in welcher Höhe die Haftung beschränkt sein soll. Deshalb wählt es als entscheidenen Anknüpfungspunkt die

---

242) BB 1983, 5 (10)

Eintragung als Mittel der Publizität.[243] Dem Gesetz kommt es damit nicht darauf an, einem Prinzip Geltung zu verschaffen (dann hätte es für die Ausnahme auch einen anderen Anknüpfungspunkt als die Eintragung wählen können), sondern den Gläubiger davor zu schützen, daß es ihm nicht möglich ist zu erkennen, ob die Gesellschafter der Gesellschaft beschränkt oder unbeschränkt haften. Solange er dies nicht erkennen konnte, soll er darauf vertrauen dürfen, daß keine Haftungsbeschränkungen existieren.

§ 176 HGB ist deshalb als Vertrauensschutznorm zu interpretieren.[244]

Gegen diese Auslegung ist vorgebracht worden, mit dem Verkehrsschutzcharakter sei die Möglichkeit nicht in Einklang zu bringen, die Haftung durch bloß intern erkennbare Verweigerung der Zustimmung zur

---

243) Für die Eintragung als entscheidendes Mittel des Verkehrsschutzes Emmel S. 47

244) Im Ergebnis: BGHZ 66, 98 (101f); unklar BGHZ 82, 209 (212f) und BGH, NJW 1983, 2258 (2259); aus der Literatur: Jacobi, Jher. Jahrb. 70, 300 (318ff); Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 176 Rdn. 1; Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn 1 Neumann-Duesberg, DB 1965, 769 (771); Limbach, GmbHRdsch 1967, 165; Hofmann, NJW 1969, 577 (578); ders. GmbHRdsch 1970, 182 (185); Fischer, NJW 1973, 2188 (2189); Ulmer, FS für Ballerstedt 279 (299); Binz S. 19 ff; Riegger, DB 1979, 1380 (1381); Priester, BB 1980, 911 (912); Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 (194); ders., NJW 1982, 886

Geschäftsaufnahme auszuschließen.[245]

Dabei wird übersehen, daß die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins eine Voraussetzung der Rechtsscheinshaftung ist.[246] Diese Zurechenbarkeit wird durch die Zustimmung zur Geschäftsaufnahme begründet.[247] Es bleibt somit bei der Auslegung von § 176 HGB als Vertrauensschutznorm.

Diese Erkenntnis besagt aber noch nichts für die praktische Anwendung des § 176 HGB. Auch bei den Anhängern einer Deutung von § 176 HGB als Vertrauensschutznorm ist die Bedeutung des Vertrauens und die Anwendung auf konkrete Einzelfälle umstritten.[248] Sieht man § 176 HGB als Vertrauensschutzbestimmung an, so müssen grundsätzlich die Voraussetzungen einer Vertrauenshaftung vorliegen.[249] Dazu gehören das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes, der gute Glaube des Vertrauenden, seine Kenntnis vom Vertrauenstatbestand, eine Vertrauensinvestition des Vertrauenden, Kausalität zwischen Vertrauen und Investition und die Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestandes zur Person des Haftenden. Von diesen Merkmalen sind der gute Glaube durch die Ausnahme der Haftung bei Kenntnis des Gläubigers in § 176 I, 1, 2 HS HGB und die Zu-

---

245) Kornblum S. 250; ihm folgend Spies S. 11

246) Dazu Canaris, Vertrauenshaftung S.467 ff und 517

247) Zutreffend Binz S. 20 Fußn 29

248) Vergl. nur Binz S. 21 ff; Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 (194); ders., NJW 1982, 886; Priester, BB 1980, 911 (913)

249) Dazu grundlegend Canaris S. 491 ff

rechenbarkeit durch das Merkmal der Zustimmung zur Geschäftsaufnahme in § 176 I HGB verwirklicht.[250]

Allerdings müssen nicht in jedem Fall der Vertrauenshaftung und besonders nicht bei den gesetzlich normierten Vertrauenstatbeständen alle Merkmale vorliegen.[251] So ist z.B. im Rahmen des § 15 HGB anerkannt, daß eine Anwendung auch ohne Kenntnis des Registerinhaltes und Kausalität dieser Kenntnis für späteres Verhalten möglich ist.[252]

Ähnliches vertritt die herrschende Lehre für § 176 HGB. Danach ist es für eine Anwendung des § 176 HGB nicht erforderlich, daß der Geschäftspartner überhaupt davon Kenntnis hatte, daß der in Anspruch genommene tatsächlich Gesellschafter war.[253] Auch wird der Kenntnis des Gläubigers vom Bestehen einer Kommanditgesellschaft keine Bedeutung für die Haftung aus § 176 HGB beigemessen.[254] Dies wird damit

---

250) Ebenso Binz S. 20 f

251) A. A. wohl Axer S. 205

252) Vergl. Schmidt, JuS 1977, 209 (214); Hüffer in GK HGB 4. Aufl. § 15 Rdn. 24

253) RGZ 128, 172 (183); Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 9; Düringer (Flechtheim) § 176 Anm 6 Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn. 12

254) Baumbach § 176, 1 B; Düringer (Flechtheim) § 176 Anm. 6; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 176 Rdn 10; Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 11; a. A. Jacobi, Jher. Jahrb. 70, 320 Fußn. 1, Kenntnis vom Bestehen einer KG reicht aus; Lieb, ZHR 141 (1977), 374 (379); Baumbach 24. Aufl. § 176, 1 B mittelbare Kenntnis, daß Teil der

begründet, daß § 176 HGB wie § 15 HGB eine abstrakte Vertrauensschutznorm sei[255] und Streit darüber vermeiden wolle, ob der Gläubiger die Gesellschaftszugehörigkeit gekannt habe und ob diese Kenntnis ursächlich geworden sei.[256]

Diese Interpretation des § 176 HGB erscheint zweifelhaft. Da die Entstehungsgeschichte der Vorschrift letztlich keinen genauen Aufschluß gibt,[257] ist der Sinn und Zweck des § 176 HGB als Vertrauensschutznorm entscheidend. Dabei ist sicherlich richtig, daß die Haftung aus § 176 HGB keine Kenntnis des Registerinhaltes und keine Handlung im Vertrauen auf diesen Registerinhalt voraussetzt. Insoweit kann man von einer abstrakten Vertrauensschutznorm sprechen.
Auch bei abstrakten Vertrauensschutznormen darf jedoch ein primärer Vertrauenstatbestand und die Kenntnis von diesem nicht fehlen,[258] wobei das Gesetz die Kenntnis

---

Gesellschafter beschränkt haftet, genügt: A. Hueck, GR S. 104 § 176 nur, wenn Gläubiger annehmen kann, er habe es mit einer OHG zu tun: Vergl. dazu ausführlich unten S. 95 ff

255) Schmidt, NJW 1982, 886, ders., ZHR 144 (1980) 192 (194); Eckert, JuS 1986, 122 (125); ebenso für § 176 I Priester, BB 1980, 911 (913)

256) BGH, NJW 1982, 883 (884)

257) Vergl. Entwurf HGB S. 111 ff (117f); wortgleich Begründung HGB S. 98 ff (104f); ferner Protokolle ADHGB S. 4535 ff (4539); dazu Binz S. 22 Fußn. 35

258) Canaris S. 507 f; Fischer, NJW 1973, 2188 (2189) siehe auch Axer S. 206

der gesetzlichen Normallage unterstellen kann.[259]

a) Vertrauenstatbestand in § 176 I

Für § 176 HGB ist deshalb zu unterscheiden. Zunächst kommt als Vertrauenstatbestand der Kontakt mit einer Personengemeinschaft in Betracht, die nach ihrem Auftreten sowohl OHG als auch Kommanditgesellschaft sein kann.[260] Diese Gemeinschaft gilt dann nach dem gesetzlichen Grundtypus[261] als OHG, bei der alle Gesellschafter automatisch unbeschränkt haften. Da der Geschäftspartner weiß, daß er es mit einer Personengemeinschaft zu tun hat,[262] wird

---

259) Canaris S. 508

260) Anders Priester, BB 1980, 911 (913) Er stellt auf Handeln für eine Personengemeinschaft ab, bei der üblicherweise mehrere Personen persönlich haften. Dies beinhalte auch die KG. Priester relativiert seine Ansicht selbst wieder, wenn er in Fußn. 34 statt üblicherweise "keineswegs die Ausnahme benutzt und in Fußn.36, wenn er behauptet, daß die Haftung meherer durchaus möglich sei. Wegen dieser Unklarheiten bezüglich des Normalfalls bei der KG ist dieser weitgefaßte Vertrauenstatbestand m. E. nicht brauchbar.

261) So Düringer (Flechtheim) § 176 Anm. 1; Jacobi, JW 1930, 3746; Schmidt, GR, § 53 I, 1

262) Nach Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 (205) greift § 176 auch ein, wenn der Gläubiger nicht einmal wußte, daß er es mit einer Gesellschaft zu tun hatte. In diesem Fall fehlt es aber an jeder Grundlage für ein schützenswertes Vertrauen des

zu seinen Gunsten der Normalfall der OHG mit unbeschränkter Haftung aller Gesellschafter unterstellt, weil die Gesellschaft und die Gesellschafter versäumt haben z.B. durch die Firmierung klarzustellen, daß keine OHG besteht. Beim Vorliegen dieses Vertrauenstatbestandes kommt es dann nicht mehr darauf an, ob der Geschäftspartner Kenntnis von der Beteiligung eines Gesellschafters hatte, weil ja alle eventuellen Gesellschafter automatisch unbeschränkt haften, wenn es sich um eine OHG handelt.[263]

Verkehr mit einer Personengemeinschaft, die OHG oder Kommanditgesellschaft sein kann, scheidet jedoch als primärer Vertrauenstatbestand aus, wenn die Personengemeinschaft als Kommanditgesellschaft aufgetreten ist. Es ist deshalb vertreten worden, daß § 176 I HGB schon dann keine Anwendung mehr finden solle, wenn die Personengemeinschaft als Kommanditgesellschaft aufgetreten ist.[264] Diese Einschränkung des § 176 I HGB ist jedoch zu

---

Gläubigers darauf, daß ihm mehr als eine Person unbeschränkt haftet. So auch: Weipert in GK HGB 2. Aufl. § 176 Anm. 7; im Ergebnis auch Priester, BB 1980, 911 (912f). Dazu auch unten S. 130. Vergl. ebenfalls Axer S. 205, der zu Recht anmerkt, daß auf ein Hervortreten des Vertrauenstatbestandes (Existenz der Gesellschaft) nicht verzichtet werden kann.

263) Im Ergebnis ebenso Binz S. 24

264) Jacobi, Jher. Jahrb. 70, 300 (320 Fußn. 1); Lieb, ZHR 141 (1977), 374 (379); Baumbach, 24. Aufl. § 176, 1 B; ähnlich A. Hueck, GR S. 104

weitgehend. Das Auftreten als Kommanditgesellschaft besagt nur, daß keine OHG vorliegt. In diesem Fall weiß der Geschäftspartner zwar, daß ihm nicht alle Gesellschafter kraft Rechtsform unbeschränkt haften. Die Firmierung als Kommanditgesellschaft sagt jedoch nichts darüber aus, wer wie in dieser Gesellschaft haftet, wobei zu berücksichtigen ist, daß durchaus mehrere Komplementäre vorhanden sein können, die alle unbeschränkt haften. Beim Auftreten als Kommanditgesellschaft muß der Gläubiger also nur davon ausgehen, daß ihm nicht alle eventuellen Gesellschafter automatisch unbeschränkt haften. Sein Vertrauen auf unbeschränkte Haftung ist also nur dann nicht schützenswert, wenn es sich nur generell auf alle Personen bezieht, die Gesellschafter sein können, weil er durch die Firmierung weiß, daß keine OHG besteht und deshalb nicht alle Gesellschafter unbeschränkt haften.

Als primärer Vertrauenstatbestand kommt beim Auftreten einer Kommanditgesellschaft deshalb nur die Mitgliedschaft im verpflichteten Personenverband in Betracht, die als Komplementär oder Kommanditist ausgestaltet sein könnte. Kannte der Gläubiger die Mitgliedschaft des Gesellschafters, den er in Anspruch nehmen will, ist nicht ersichtlich, wie die bloße Firmierung als Kommanditgesellschaft die Möglichkeit relevanten Vertrauens in unbeschränkte Haftung dieses Gesellschafters ausschließen sollte,[265] weil der bekannte

---

265) So aber im Ergebnis Jacobi, Jher. Jahrb. 70, 300 (320 Fufn. 1); Baumbach, 24. Aufl. § 176, 1 B; A. Hueck, GR S. 104

Gesellschafter auch Komplementär mit unbeschränkter Haftungsverpflichtung sein könnte. Über die Stellung eines Gesellschafters in der Gesellschaft sagt die Firmierung als Kommanditgesellschaft jedoch nichts aus.
Kannte der Gläubiger dagegen die Mitgliedschaft nicht, ist die Möglichkeit schützenswerten Vertrauens nicht gegeben, weil er durch die KG-Firmierung gerade nicht darauf vertrauen kann, daß wie in der OHG jeder Gesellschafter unbeschränkt haftet.[266]
Mit anderen Worten:
Kannte der Gläubiger die Mitgliedschaft nicht, besteht nur die Möglichkeit, daß er sich gesagt haben könnte:
1) "Ich vertraue darauf, daß mir alle eventuellen Gesellschafter der Gesellschaft unbeschränkt haften", oder
2) "Ich vertraue darauf, daß mir irgendwelche Gesellschafter unbeschränkt haften".
Im ersten Fall ist sein Vertrauen nicht schützenswert, weil die Gesellschaft als Kommanditgesellschaft aufgetreten ist und deshalb die Grundlage für eine so weite Vertrauensmöglichkeit fehlt.

---

266) Siehe Axer S. 204f, der zu Recht kritisiert, daß die h. M. allein auf die Tatsache der Mitgliedschaft des Kommanditisten in der Kommanditgesellschaft abstellt und der Kenntnis des Dritten von der Mitgliedschaft keine Bedeutung beimißt. Damit wird jedoch die Voraussetzung einer Rechtsscheinshaftung (Hervortreten eines Vertrauenstatbstandes nach außen) praktisch aufgegeben.

Im zweiten Fall ist sein Vertrauen durch die Haftung des oder der Komplementäre erfüllt, so daß darüberhinaus kein Vertrauen mehr geschützt werden muß, weil bestätigtes Vertrauen keines Vertrauensschutzes bedarf.

Die Möglichkeit schützenswerten Vertrauens beim Auftreten einer Kommanditgesellschaft besteht deshalb nur, wenn der Gläubiger sich gesagt haben könnte:
"Ich vertraue darauf, daß mir Gesellschafter K unbeschränkt haftet." Dies setzt aber voraus, daß er die Mitgliedschaft des K gekannt hat. Sein Vertrauen bedarf dann keines Schutzes, wenn K Komplementär ist und wirklich unbeschränkt haftet. Ist K jedoch nicht Komplementär, muß das Vertrauen des Gläubigers auf dessen unbeschränkte Haftung geschützt werden, weil er, wenn er in das Handelsregister geschaut hätte, bezüglich des Gesellschafters K keine Eintragung einer Haftungsbeschränkung gefunden hätte.
Das ergibt sich daraus, daß § 176 I HGB eine abstrakte Vertrauensschutznorm ist. Der Gläubiger muß weder das Register eingesehen, noch wirklich vertraut haben.
§ 176 I HGB greift vielmehr nur, aber auch immer schon dann ein, wenn überhaupt die abstrakte Möglichkeit schützenswerten Vertrauens besteht.
Da die Möglichkeit schützenswerten Vertrauens in die unbeschränkte Haftung eines Gesellschafters auch bei Auftreten der Gesellschaft als Kommanditgesellschaft besteht, wird bei Kenntnis des Gläubigers von

der Mitgliedschaft eines Gesellschafters zu seinen Gunsten unterstellt, daß er von einer unbeschränkten Haftung dieses Gesellschafters ausgegangen ist und dies für sein Verhalten ursächlich war.

Dieser einschränkenden Anwendung des § 176 I HGB nur bei Kenntnis des Gläubigers von der Gesellschafterstellung des Kommanditisten wird entgegengehalten, daß § 176 I HGB eine Haftungsbeschränkung ausschließlich an die als Ausnahmetatbestand formulierte Kenntnis des Partners von der Kommanditisteneigenschaft knüpfe.[267] Mit dieser eindeutigen Formulierung wolle das Gesetz die Inanspruchnahme nicht eingetragener Gesellschafter nicht durch Streit über deren Gesellschaftszugehörigkeit erschweren.[268]

Gegen diese Argumentation spricht, daß nach der oben dargelegten Lösung[269] die Kenntnis von der Gesellschafterstellung keine Haftungsbeschränkung bewirkt, sondern erst die Ausnahme der unbeschränkten Haftung für einen Kommanditisten begründet. Die Voraussetzung für eine Anwendung der Vertrauensschutznorm des § 176 I HGB ist nämlich, daß überhaupt die Möglichkeit für schützenswertes Vertrauen besteht. Die Möglichkeit schützenswerten Vertrauens ist aber beim Auftreten einer Kommanditgesellschaft, wie oben gezeigt, nur bei Kenntnis des Gläubigers von der Mitglied-

---

267) BGH, NJW 1982, 883 (884)

268) BGH, NJW 1982, 883 (884)

269) S. 99ff

schaft des Gesellschafters, den er in Anspruch nehmen will, gegeben. Weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte der Norm läßt sich belegen, daß die Vorschrift auf die Voraussetzungen einer jeden Vertrauenshaftung, nämlich das Bestehen eines primären Vertrauenstatbestandes, verzichten wollte.

Liegen die Voraussetzungen für Vertrauen und damit für unbeschränkte Haftung vor, kann diese in allen Fällen nur durch den Nachweis der positiven Kenntnis von der Kommanditistenstellung gerade dieses Gesellschafters vermieden werden.
Es obliegt dem Gläubiger also nur, wie jedem Anspruchsteller, die Voraussetzungen seines Anspruchs (Vertrauensmöglichkeit in unbeschränkter Haftung durch Kenntnis von der Mitgliedschaft) zu begründen, wenn er

einen Kommanditisten unbeschränkt in Anspruch nehmen will. Die Inanspruchnahme des nicht eingetragenen Kommanditisten wird dadurch nicht unzumutbar erschwert.

Gegen die hier vorgenommene einschränkende Auslegung des § 176 HGB als Vertrauensschutznorm hat sich neuestens auch Axer gewandt.[270] Er stellt darauf ab, daß die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft, die unter einer einzelkaufmännischen Firma oder der Firma einer GmbH auftreten, nach Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht nach § 176 HGB haften dürften, weil kein Vertrauen des Dritten auf unbeschränkte

---

270) S. 198 ff

Haftung eines Kommanditisten bei solcher Firmierung möglich sei. So wirke aber entgegen dem Üblichen ein falscher Rechtsschein zugunsten dessen, der ihn setze. Dies könne nicht richtig sein. Selbstverständlich müsse der Kommanditist einer als GmbH firmierenden Kommanditgesellschaft nach § 176 HGB haften.[271]

An dieser Argumentation ist sicherlich richtig, daß bei Zugrundelegung von Vertrauensschutzgesichtspunkten der Kommanditist einer als GmbH firmierenden Kommanditgesellschaft nicht nach § 176 HGB haftet. Dies folgt jedoch nicht daraus, daß ein falscher Rechtsschein zugunsten des den Rechtsschein Setzenden wirkt.
Nach allgemeinen Regeln wirkt der gesetzte Rechtsschein nur zugunsten des Dritten und nicht zugunsten des den Rechtsschein Setzenden.[272] Das bedeutet z.B., daß sich der Scheinkaufmann nicht darauf berufen darf, er sei Kaufmann und habe deshalb den Zinsanspruch aus § 352 HGB. Genausowenig darf sich der Kommanditist darauf berufen, die Kommanditgesellschaft sei GmbH und er hafte deshalb nicht. Trotzdem haftet der Kommanditist nicht aus § 176 HGB. Zwar wirkt der falsche Rechtsschein nicht zugunsten des Kommanditisten. Der Dritte kann sich jederzeit darauf berufen, in Wirklichkeit liege eine Kommanditgesellschaft vor und der Kommanditist sei nicht eingetragen. Dies allein reicht jedoch nach der hier vertretenen Auffassung für eine

---

271) S. 200

272) Baumbach § 5, 2 F

Haftung nicht aus. Nach Vertrauensschutzgesichtspunkten muß darüberhinaus zumindest die Möglichkeit bestanden haben, daß der Dritte auf die unbeschränkte Haftung eines Kommanditisten vertraut haben könnte.[273] Dies ist beim Auftreten einer GmbH nicht gegeben. Die Nichtanwendung von § 176 HGB ergibt sich deshalb nicht systemwidrig daraus, daß der Kommanditist sich auf den gesetzten Rechtsschein berufen kann, sondern daraus, daß es an einer Vertrauensmöglichkeit auf unbeschränkte Haftung beim Dritten fehlt.

Auch die Argumentation von Axer spricht deshalb nicht gegen die hier vorgenommene Interpretation von § 176 HGB als Vertrauensschutznorm.

b) Vertrauenstatbestand in § 176 II

§ 176 II HGB verweist hinsichtlich der Haftung eines eintretenden Kommanditisten bis zu seiner Eintragung auf Absatz 1 und erklärt diesen für entsprechend anwendbar. Das ergibt, daß hinsichtlich der Haftung eine abgestimmte Interpretation zwischen Absatz 1 und 2 notwendig ist.[274]

---

273) Dazu näher oben S. 100ff

274) Die unterschiedliche Interpretation von Absatz 1 und Absatz 2 bei Priester, BB 1980, 911 (913) entwertet seine im Ergebnis zutreffende Lösung zu Absatz 2.

Im Fall des § 176 II HGB handelt es sich zwingend um eine schon eingetragene Kommanditgesellschaft, weil sonst schon § 176 I HGB eingriffe.[275] Dem Geschäftspartner ist deshalb regelmäßig bekannt, daß es sich um eine Kommanditgesellschaft handelt und deshalb nicht alle Gesellschafter unbeschränkt haften. Zusätzlich enthält das Handelsregister genaue Angaben darüber, wer Komplementär und wer Kommanditist dieser Kommanditgesellschaft bis zum Zeitpunkt des Neuantritts war.
Als primärer Vertrauenstatbestand kommt deshalb nur die Kenntnis des Gläubigers vom Beitritt eines neuen Gesellschafters in Frage. Nur diese Kenntnis kann wegen der Angaben über die Kommanditgesellschaft und schon vorhandene Gesellschafter im Handelsregister relevantes Vertrauen begründen.[276] Hat ein Gläubiger nämlich darauf vertraut, daß ihm alle Gesellschafter unbeschränkt haften, so ist dieses Vertrauen durch die Eintragung der Kommanditgesellschaft und der alten Kommanditisten zerstört. Hat er dagegen nur darauf vertraut, daß ihm irgendwelche Gesellschafter unbeschränkt haften, ist dieses Vertrauen durch die unbeschränkte Haftung des oder der

---

275) Richtig Binz S. 26

276) So im Ergebnis auch: Priester, BB 1980, 911 (913); Binz S. 26; ausdrücklich a. A. BGH, NJW 1982, 883 (884); Schmidt, NJW 1982, 886, mit dem unfruchtbaren Hinweis auf die eindeutige Konzeption des Gesetzes; Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn. 31 neuerdings mit der Einschränkung, der Beitritt müsse zumindest in der Welt gewesen sein.

Komplementäre nicht enttäuscht worden. Hat der Gläubiger aber gewußt, daß ein neuer Kommanditist N eingetreten ist, so konnte er in Bezug auf dessen Haftung keine Beschränkung im Handelsregister finden. Die Möglichkeit eines schützenswerten Vertrauens des Gläubigers ist dann gegeben. Weiß ein Gläubiger also, daß ein neuer Gesellschafter eingetreten ist, wird entsprechend dem Charakter von § 176 II HGB als abstrakte Vertrauensschutznorm zu seinen Gunsten unterstellt, daß er Kenntnis von dessen Nichteintragung als Kommanditist im Handelsregister hatte und im Vertrauen auf dessen unbeschränkte Haftung gehandelt hat.

Ergebnis:
Der nicht eingetragene Kommanditist haftet nach Geschäftsaufnahme immer unbeschränkt, wenn die Gesellschaft nicht erkennbar als Kommanditgesellschaft aufgetreten ist.
Ist sie erkennbar als Kommanditgesellschaft aufgetreten, haftet er auch dann unbeschränkt, wenn der Gläubiger seine Mitgliedschaft kannte, ohne positive Kenntnis von seiner Kommanditisteneigenschaft zu haben.
Der eingetretene nicht eingetragene Kommanditist haftet unbeschränkt, wenn dem Gläubiger sein Beitritt als Gesellschafter bekannt war.

B) Geschäftsaufnahme im Sinne von § 176

Neben der Erkenntnis über die ratio des § 176 HGB und deren Folgen ist für die Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten entscheidend, unter welchen Voraussetzungen die von § 176 HGB geforderte Aufnahme der Geschäfte und die Zustimmung des Kommanditisten hierzu angenommen werden kann.
Nach einer Meinung ist zu einer gegenüber allen Gesellschaftern wirkenden Geschäftsaufnahme die Zustimmung aller Gesellschafter nötig.[277] Die extreme Gegenposition läßt zur wirksamen Geschäftsaufnahme bereits das Handeln eines als Kommanditisten vorgesehenen Gesellschafters im Namen der Gesellschaft ausreichen.[278] Das ergebe sich aus der Verkehrsschutzfunktion des § 123 II HGB.[279] Dieser Funktion entsprechend müsse es ausreichen, wenn nach außen von einem befugten Gesellschafter für die Gesellschaft gehandelt worden ist. Der Gläubiger dürfe dann darauf vertrauen, daß die Gesellschaft zumindest durch die Geschäftsverbindung mit ihm wirksam geworden sei, ohne daß es darauf ankomme, ob intern alle Gesellschafter zugestimmt hätten. Bezüglich der Befugnis des

---

277) Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 176 Rdn. 2; Düringer (Flechtheim) § 176 Anm. 3; Neumann-Duesberg, DB 1965, 769 (771); ders., UFITA 44, 253 (255); Knobbe-Keuk, FS für Stimpel, 187 (198f)

278) Kornblum S. 248 f; Spies S. 2 ff

279) Diese Auslegung von § 123 II bei A. Hueck, OHG § 5 II 2

handelnden Gesellschafters gelte zum Schutz der Gläubiger § 125 I, 1 HGB. Der Gläubiger dürfe deshalb darauf vertrauen, daß derjenige, der für die Gesellschaft auftrete, gemäß dem gesetzlichen Leitbild Alleinvertretungsmacht habe.[280]

Eine Lösung des Problems hat die gegenläufigen Interessen der Beteiligten, Gläubiger, Komplementäre und Kommanditisten, zu berücksichtigen. Danach ist eine wirksame Geschäftsaufnahme ohne Zustimmung zumindest aller Komplementäre entgegen Kornblum[281] und Spies[282] nicht möglich. Innerhalb einer existenten Kommanditgesellschaft sind die Komplementäre zur Geschäftsführung und Vertretung nach §§ 114, 125, 161 II, 164, 170 HGB allein berufen. Dies ist der Ausgleich für die ihnen auferlegte unbeschränkte Haftung. Sie selbst sollen bestimmen können, wem sie aufgrund welchen Rechtsgeschäfts unbeschränkt haften wollen. Dieser gesetzlichen Intention entspricht es, wenn eine die Haftung der Komplementäre begründende Geschäftsaufnahme nur mit ihrer Zustimmung möglich ist.

Fehlt die Zustimmung eines Komplementärs, liegt keine Geschäftsaufnahme der Gesellschaft vor und das Gesellschaftsvermögen haftet für die Forderung nicht.
Fraglich ist darüberhinaus, ob zur wirksamen Geschäftsaufnahme auch die Zustimmung

---

280) Kornblum S. 248 f; Spies S. 2 ff

281) S. 248 f

282) S. 2 ff

aller Kommanditisten nötig ist. Dafür ist entscheidend, ob vor Entstehung der Kommanditgesellschaft die Vorschriften über den Ausschluß der Kommanditisten von der Geschäftsführung und Vertretung schon anwendbar sind. Indizien für eine Beantwortung dieser Frage können sich aus der Rechtsprechung des BGH zum Absinken[283] und Nichtentstehen[284] einer Kommanditgesellschaft ergeben.[285] Diese Fälle sind insofern mit dem hier untersuchten zu vergleichen, als daß vertragliche Regelungen nur für den Zeitraum des Bestehens der Kommanditgesellschaft existieren und sich das Problem stellt, was für den Zeitraum davor oder danach gelten soll.
Der BGH hat in beiden Fällen entschieden, daß die von den Gesellschaftern für das Kommanditgesellschaftsstadium vertraglich fixierte Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung im Regelfall auch für die Zeit vor Entstehung und nach Verlust der Kommanditgesellschaftseigenschaft gilt.[286] Dies würde für den hier untersuchten Fall bedeuten, daß, falls der Kommanditgesellschaftsvertrag keine vom Gesetz abweichende Regelung für Geschäfts-

---

283) BGH, NJW 1971, 1698 f

284) BGH, BB 1972, 61

285) Vergl. ausführlich dazu Stimpel, ZGR 1973, 73 (79ff)

286) BGH, NJW 1971, 1698 f; BB 1972, 61; näher dazu Stimpel, ZGR 1973, 73 (79ff). Der BGH nimmt jedoch eine Einschränkung der Vollmacht insoweit vor, daß die Geschäftsführer den Soll-Kommanditisten nicht über die Höhe seiner Haftsumme hinaus verpflichten können.

führung und Vertretung enthält, die gesetzliche Regelung als vertraglich gewählt gilt und somit die §§ 164, 170 HGB auch schon vor Geschäftsbeginn gelten.[287] Dann reicht zur wirksamen Geschäftsaufnahme die Zustimmung aller Komplementäre aus.

Gegen eine wirksame Geschäftsaufnahme nur mit Zustimmung der Komplementäre hat neuerdings Knobbe-Keuk[288] eingewandt, dies entspreche nicht dem Gesamthandsprinzip und entbehre jeder Grundlage. Wie die Errichtung der Gesellschaft auf den Willen aller beruhe, sei es Sache aller Gesellschafter die inneren Verhältnisse unter ihnen nach außen zu manifestieren.[289] Diese Argumentation ist nicht zwingend. Der Gesamthandsbegriff sagt nur etwas über die Rechtszuständigkeit aus, nämlich in welcher Weise den Gesellschaftern das Sondervermögen zugeordnet ist.[290] Schlüsse in Bezug auf die Verhältnisse und Zuständigkeiten innerhalb der Gesellschaft, insbesondere bezüglich der Geschäftsführung, Vertretung und Haftung ergeben sich aus dem Gesamthandsbegriff nicht.[291] Mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages entsteht schon eine Gesellschaft, wenn auch zunächst in der Form einer Innengesell-

---

287) Vergl. Stimpel, ZGR 1973, 73 (82)

288) FS für Stimpel, 187 (199 Fußn 59)

289) FS für Stimpel, 187 (198)

290) Richtig Beuthien, DB 1975,773 (774); ausführlich Wiedemann, GR § 5 I 1 a S. 245 f

291) Zu Recht Wiedemann, GR § 5 I 1 a S. 245 ff besonders S. 247

schaft.[292] Auch für diese Form der Gesellschaft ist es möglich, die Geschäftsverteilung zu regeln, auch wenn es keine Vertretungsmacht im herkömmlichen Sinne geben kann, weil die Innengesellschaft nach außen gerade nicht als Gesellschaft auftritt. Ist eine Innengesellschaft wie die Kommanditgesellschaft vor Geschäftsaufnahme und Eintragung jedoch allein darauf angelegt, Außengesellschaft zu werden, muß auch die Möglichkeit bestehen, für das eine Geschäft, welches diese Außenwirkung bewirkt, Vertretungsmacht zu erteilen. Dabei ist es naheliegend, die Geschäftsführung und Vertretungsmacht zur Geschäftsaufnahme für die Innengesellschaft daran anzulehnen, was die Gesellschafter für das spätere Stadium der Außengesellschaft vereinbart haben,[293] wenn dem keine zwingenden Gründe entgegenstehen. Solche zwingenden Gründe ergeben sich aus dem Gesamthandsprinzip als Rechtszuständigkeitsprinzip jedenfalls nicht.
Allerdings ließe sich vertreten, daß die Geschäftsaufnahme zum Wirksamwerden der Gesellschaft nach außen führe und es sich deshalb bei diesem ersten Geschäft um ein Grundlagengeschäft handelte. Für solche Grundlagengeschäfte bedarf es nach einstimmiger Auffassung der Zustimmung aller

---

292) Eckert, JuS 1986, 122 Fußn. 1; für OHG z. B. Eisenhardt Rdn. 80; ob diese Gesellschaft schon OHG bzw. KG ist, ist streitig: vergl. Fischer in GK HGB 3. Aufl. § 105 Rdn. 62 b

293) So für die Vor-OHG-BGB-Gesellschaft Fischer in GK HGB 3. Aufl. § 105 Rdn. 62 b

Gesellschafter.[294] Beispiele für solche Grundlagengeschäfte sind etwa die Änderung des Gesellschaftsvertrages, die Umwandlung oder Auflösung der Gesellschaft.[295] Fraglich ist, ob auch die Geschäftsaufnahme zwingend ein solches Grundlagengeschäft darstellt. Dagegen spricht, daß Grundlagengeschäfte in der Regel solche sind, die einer Änderung des Gesellschaftsvertrages bedürfen.[296] Für die Aufnahme der Geschäfte bedarf es einer Änderung des einmal abgeschlossenen Vertrages aber gerade nicht. Zwar führt erst die Aufnahme der Geschäfte zum Entstehen der Gesellschaft nach außen. Jedoch intendierte der von allen Gesellschaftern abgeschlossene Kommanditgesellschaftsvertrag, daß die Gesellschaft ihre Geschäfte aufnehmen und wirksam werden sollte. Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages durch einen Kommanditisten hat in der Regel sogar allein den Zweck, daß die Gesellschaft Geschäfte macht und zum Nutzen der Gesellschafter Gewinne erzielt. Ist aber der Abschluß des Gesellschaftsvertrages darauf gerichtet, daß die Gesellschaft ihre Geschäfte aufnimmt, ist die tatsächliche Aufnahme dieser Geschäfte nur die Verwirklichung des durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages von allen Gesellschaftern manifestierten Willens. Die Geschäftsaufnahme sollte deshalb nicht als Grundlagengeschäft angesehen werden, für

---

294) Vergl. nur Baumbach §§ 116, 1 C; 114, 1 A

295) Beispiele bei Kraft/Kreutz, D II 2 c S. 90 f

296) BGH LM Nr. 1 zu § 126 HGB Bl. 2; Kraft/Kreutz, D II 2 c S. 91; Kübler § 6 III S. 51

das es der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfte.
Daneben erscheint eine wirksame Geschäftsaufnahme nur mit Zustimmung der Komplementäre interessengerecht.
Der Kommanditist läuft keine Gefahr einer unbeschränkten Haftung ausgesetzt zu werden, weil die Verweigerung seiner Zustimmung zwar nicht den Geschäftsbeginn, aber die Anwendung von § 176 I HGB auf ihn hindert. Daneben entsprechen seine Teilnahmerechte genau denen, die er im Gesellschaftsvertrag mit vereinbart hatte.
Außerdem ermöglicht diese Lösung, § 176 I HGB auf die Kommanditisten anzuwenden, die der Geschäftsaufnahme ausdrücklich zugestimmt haben, auch wenn ein Kommanditist seine Zustimmung verweigert hat. Wäre dagegen die Zustimmung aller Kommanditisten zur wirksamen Geschäftsaufnahme nach § 176 I HGB nötig, würden auch die Kommanditisten, die zugestimmt hätten, mangels wirksamer Aufnahme der Geschäfte nicht nach § 176 I HGB haften.
Auch dem Interesse des Gläubigers, beim Handeln im Namen einer Gesellschaft wenigstens das Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen zu können, wird die vorliegende Lösung gerecht. Nicht einmal dieses würde ihm haften, wenn zum Geschäftsbeginn der Gesellschaft auch die Zustimmung aller Kommanditsten nötig wäre.[297] Daß der Kommanditist für einen

---

297) Richtig Neumann-Duesberg, DB 1965, 769 (771), der daraus allerdings den gegensätzlichen Schluß des Zustimmungserfordernisses aller Gesellschafter zieht.

Anspruch des Gläubigers dann trotz Zustimmungsverweigung bis zur Höhe seiner Haftsumme haftet, wenn er die Einlage noch nicht erbracht hat, belastet ihn nicht übermäßig. Bei Inanspruchnahme verwirklicht sich für ihn nur das Risiko, das er einzugehen, im Gesellschaftsvertrag versprochen hatte. Auch in der existenten Kommanditgesellschaft muß er unter Umständen für Geschäfte haften, gegen deren Abschluß er war, die er aber mangels Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht nicht verhindern konnte.

Schließlich wird die Übertragung der vertraglich vereinbarten Geschäftsverteilung auf die Vor-Kommanditgesellschaft auch dem Anliegen der Komplementäre gerecht. Diesen liegt daran, gemäß der vertraglichen Regelung zu bestimmen, wann die Gesellschaft aktiv wird. Wäre zur Geschäftsaufnahme die Zustimmung aller Kommanditisten nötig, könnte ein einzelner Kommanditist die Entstehung der Kommanditgesellschaft vor Eintragung auch entgegen dem Willen aller Komplementäre und anderen Kommanditisten verhindern. Dies ist deshalb nicht billigenswert, weil in der heutigen Eintragungspraxis oft lange Zeit vergeht, bis die beantragte Eintragung vollzogen wird.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten:
Zur wirksamen Geschäftsaufnahme genügt, falls der Gesellschaftsvertrag keine anderweitigen Bestimmungen enthält, die Zu-

stimmung aller Komplementäre.[298] Handelt einer dieser Komplementäre mit Zustimmung der übrigen Komplementäre, wird die Gesellschaft wirksam vertreten, die Geschäfte haben begonnen und dem Gläubiger steht der Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen offen.

Diese Lösung berücksichtigt hinreichend die Interessen der beteiligten Parteien und steht auch mit dem Wortlaut des § 176 HGB in Einklang, der zwischen Geschäftsaufnahme und Zustimmung des Kommanditisten hierzu unterscheidet.[299]

C) Zustimmung zur Geschäftsaufnahme

1) § 176 I

Wie oben dargelegt, bedarf es zur unbeschränkten Haftung des Kommanditisten nach § 176 HGB neben dem eigentlichen Geschäftsbeginn der Gesellschaft der Zustimmung des Kommanditisten dazu. Zu prüfen ist, unter welchen Voraussetzungen eine solche Zustimmung vorliegt

Unproblematisch ist, wenn diese Zustimmung zur Geschäftsaufnahme ausdrücklich verweigert oder erteilt wird.

---

298) Gleiches Ergebnis bei Heymann/Kötter § 176 Anm.1 S. 680 und Anm. 2 S. 681; Vigener S. 82 f

299) Für diese Auslegung des Wortlautes: Kornblum S. 248; Spies S. 2; Jacobi, Jher. Jahrb. 70, 300 (328); konsequent nach seiner Ansicht ausdrücklich gegen den Wortlaut Neumann-Duesberg, DB 1965, 769 (771)

Daneben ist jedoch auch eine konkludente Zustimmung zur Geschäftsaufnahme möglich.[300] Diese kann nach zutreffender Ansicht nicht schon allein in dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages erblickt werden,[301] weil dem bloßen Abschluß des Gesellschaftsvertrages kein darüberhinausgehender Erklärungswert zukommt, an den zusätzliche Rechtsfolgen geknüpft werden könnten. Hinzukommen müssen vielmehr weitere Umstände, die eine Zustimmung zur Geschäftsaufnahme darstellen können. Solche Umstände liegen nicht schon darin, daß der Gesellschaftsvertrag ohne Bestimmung eines Zeitpunktes zur Geschäftsaufnahme geschlossen wird und keinen Vorbehalt des Kommanditisten enthält.[302]
Das ergibt sich daraus, daß es nach der Gesetzeslage nicht Aufgabe des Kommanditisten ist, seine Zustimmung ausdrücklich zu verweigern, sondern seine unbeschränkte Haftung trotz seiner Kommanditisteneigenschaft einer zurechenbaren Grundlage in Form einer irgendwie erklärten Zustimmung zur Geschäftsaufnahme bedarf.

Eine Zustimmung zur Geschäftsaufnahme durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages kann angenommen werden, wenn der Gesellschafts-

---

300) RGZ 128, 172 (180) für den Fall des Eintritts

301) Düringer (Flechtheim) § 176 Anm. 3; Weipert in GK HGB 2. Aufl. § 176 Anm. 8; Komblum S. 246 f; Spies S. 4 f; Vigener S. 85

302) A. A. Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 176 Anm. 2; Vigener S. 85; wie hier: Düringer (Flechtheim) § 176 Anm. 3; Heymann/Kötter § 176 Anm. 2 S. 681

vertrag einen Geschäftsaufnahmezeitpunkt bestimmt und der Kommanditist keinen Vorbehalt aufnehmen läßt oder wenn die Umstände eindeutig ergeben, daß die Geschäfte sofort aufgenommen werden sollen [303] und der Gesellschaftsvertrag dann keinen Vorbehalt des Kommanditisten enthält. [304]
In diesen Fällen kommt nämlich dem Verhalten des Kommanditisten mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages ein Erklärungswert zu, der aus der Sicht eines objektiven Dritten eine konkludente Zustimmung zur Geschäftsaufnahme darstellt. Will der Kommanditist diesen Erklärungswert zerstören, muß er ausdrücklich klarstellen, daß er sein Verhalten entgegen dem objektiven Anschein nicht als Zustimmung gewertet haben will.

2) Zustimmung in § 176 II

Bei § 176 II HGB kommt eine Zustimmung zur Aufnahme der Geschäfte nicht in Betracht, weil es sich regelmäßig um eine werbende Gesellschaft handeln wird. Nach herrschender Meinung [305] bedarf es deshalb einer Zustimmung zur Geschäftsfortführung, wobei teilweise im bloßen Abschluß des Beitrittsvertrages diese Zustimmung gesehen

---

303) Z. B. der Kommanditist bringt als Einlage leicht verderbliche Ware ein.

304) Im Ergebnis ähnlich Kornblum S. 246 f; Spies S.5

305) Düringer (Flechtheim) § 176 Anm. 9; Baumbach 24. Aufl § 176, 2 A; Kornblum S. 247; Westermann Rdn. 929

wird,[306] während andere zusätzlich Teilnahme an der Gesellschaft verlangen.[307]

Diese Auffassungen gehen am Kern des Problems vorbei. Der in eine werbende Gesellschaft eintretende Kommanditist kann von dieser nicht verlangen, zur Abwendung seiner Haftung bis zu seiner Eintragung den Geschäftsverkehr einzustellen.[308] Ein solches Verlangen widerspräche sogar seinen Interessen, weil er der Gesellschaft meist wegen ihrer Geschäfte beigetreten ist,[309] und wäre der Gesellschaft gegenüber treuwidrig.[310]
Eine Verweigerung der Zustimmung zur Geschäftsfortführung wäre deshalb wirkungslos.[311] Mißt man der Verweigerung der Zustimmung zur Geschäftsfortführung keine Bedeutung bei, um die Haftung nach § 176 II HGB auszuschließen, so fragt es sich, ob eine tatsächlich erteilte Zustimmung als Legitimation zur Begründung der Haftung ausreichen kann. Das ist zu verneinen. Die Ausnahme der unbeschränkten Haftung für einen Kommanditisten in §§ 176 I und II HGB setzt die zurechenbare Verursachung eines Rechtsscheins voraus. Läßt man aber die

---

306) Kornblum S. 247; Westermann Rdn. 929; Spies S.6f

307) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 21; Düringer (Flechtheim) § 176 Anm. 9; Baumbach 24. Aufl. § 176, 2 A

308) Zutreffend Schilling, ZGR 1978, 173 (175)

309) Schultz S. 91; Spies S. 7

310) So Schilling, ZGR 1978, 173 (178); ähnlich Ulmer in GK HGB 3. Aufl. § 139 Anm. 162

311) Schultz S. 91; Schilling, ZGR 1978, 173 (175); Spies S. 7

Verweigerung der Zustimmung bei § 176 II HGB diesen Zurechnungszusammenhang nicht unterbrechen, so kann die erteilte Zustimmung nicht allein den Anknüpfungspunkt für eine Zurechnung bilden.[312] Die Grundlage dieser Zurechenbarkeit muß dann in beiden Fällen in anderen Handlungen des betroffenen Kommanditisten gesucht werden. Eine solche Handlung liegt in dem freiwilligen Beitritt zu einer unternehmerisch tätigen Gesellschaft.[313] Tritt der Kommanditist freiwillig der Gesellschaft bei, unterwirft er sich auch freiwillig der für diese Gesellschaft geltenden vertraglichen und gesetzlichen Regelungen. Dann kommt es nicht mehr darauf an, ob er daneben noch die Zustimmung zur Geschäftsfortführung erteilt hat oder nicht. Der freiwillige Beitritt stellt die Legitimation für die Anwendung des § 176 II HGB und die daraus folgende unbeschränkte Haftung des Kommanditisten dar.
Ihr kann der eintretende Kommanditist nur entgehen, wenn er die Wirksamkeit seines Eintritts von der Bedingung seiner Eintragung abhängig macht.[314]

---

312) So überzeugend Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 (195)

313) BGH, NJW 1982, 883 (884); im Anschluß an Schmidt ZHR 144 (1980), 192 (195); ebenso Crezelius, BB 1983, 5 (12); Axer S. 218f

314) Vergl. BGH, NJW 1982, 883 (884); Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn. 28ff; Schultz S.91 Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 21

D) Anwendung von § 176 auf die GmbH & Co. KG

Nach diesen allgemeinen Erwägungen zur Haftung nach § 176 HGB soll nun auf strittige Einzelfragen eingegangen werden. Zunächst soll die Anwendbarkeit von § 176 HGB auf die GmbH & Co. KG untersucht werden.
Umstritten ist die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten aus § 176 HGB, wenn es sich um eine GmbH & Co. KG handelt.

1) Auslegung durch die h. L.

Der wohl überwiegende Teil der Literatur lehnt eine Anwendung des § 176 HGB auf die GmbH & Co. KG im Ergebnis ab.[315] Dabei wird meist auf den Ausnahmetatbestand der Gläubigerkenntnis verwiesen. Zur Begründung für diese Kenntnis beruft man sich auf eine Entscheidung des Reichsgerichts,[316] nach der Kenntnis auch dann vorliege, wenn der Gläubiger alle Komple-[317]

---

315) Limbach, GmbHRdsch 1967, 165 ff; Fischer, NJW 1973, 2188 (2189); Huber, FS für Hefermehl, 127 131; ders., ZGR 1984, 146 (165f); Binz S. 26 f; ders., GmbHRdsch 1976, 29 (33f); Schmidt, JuS 1973,83; ders., JZ 1974, 219 (220);ders., NJW 1975, 665 (668); ders., ZHR 144 (1980), 192 (202f); ders., NJW 1982, 886; ders., NJW 1983, 2260 f; mit Beschränkung auf Kaufleute Michalski, JA 1980, 182

316) Vergl. nur Limbach, GmbHRdsch 1967, 165; Fischer, NJW 1973, 2188 (2189)

317) RGZ 128, 172 (183)

mentäre kenne, weil er dann indirekt auch Kenntnis von den Kommanditisten habe. Habe der Gläubiger mit einer GmbH & Co. KG zu tun, habe er regelmäßig davon Kenntnis, daß in dieser Gesellschaft nur die GmbH unbeschränkt hafte und folglich keine unbeschränkt haftenden natürlichen Personen vorhanden seien, weil die GmbH & Co. KG in dieser Form heute institutionalisiert sei.[318]

2) Ansicht des BGH

Demgegenüber meinen andere Stimmen in der Literatur, daß die Firmierung als GmbH & Co. KG eine Haftung aus § 176 HGB nicht ausschließe.[319] § 176 HGB verlange ausdrücklich positive Kenntnis und nicht "Kennenmüssen". Diese sei aber durch die Firmierung alleine nur dann zu erreichen, wenn in der GmbH & Co. KG denknotwendig keine natürliche Person unbeschränkt hafte. Dies sei aber gerade nicht der Fall.

---

318) Limbach, GmbHRdsch 1967, 165 (166); Binz S. 26 f Schmidt, JZ 1974, 219 (220)

319) Brönner/Bünz S. 77; Flume, PG S. 336; Hofmann, GmbHRdsch 1970, 182 (186); Spies S. 9; Emmel S. 77 f; Siegmund/van Venrooy Rdn. 331; Im Ergebnis: Crezelius, BB 1983, 5 (12); Knobbe-Keuk, FS für Stimpel, 187 (200), die dieses Ergebnis als Folge ihres Verständnisses zu § 176 auffassen. Zumindest Crezelius übersieht jedoch die Möglichkeit des Ausschlusses der Haftung durch Kenntnis des Gläubigers. Anders Knobbe-Keuk S. 192.

Dieser Ansicht hat sich auch der BGH [320] angeschlossen.
Allerdings hat der BGH in seiner neueren Entscheidung [321] erkennen lassen, daß diesem Streit für Fälle nach dem 1.1.1981 wegen der Einführung von § 19 V HGB wohl nur akademischer Wert zukommt. Gleichzeitig hat er jedoch für Begebenheiten vor dem 1.1.1981 seine Rechtsprechung ausdrücklich aufrechterhalten. Diese Ankündigung einer Änderung der Rechtsprechung nicht als Korrektur der bisherigen Meinung, sondern als Folge der GmbH-Novelle, ist von Karsten Schmidt angegriffen worden. [322] Er weist zu Recht darauf hin, [323] daß in § 19 V HGB nur das Gesetz geworden ist, was die Rechtsprechung des BGH schon Jahre vorher praktizierte. [324] Insoweit ist gar keine Änderung der Rechtslage eingetreten. Es ist deshalb nicht überzeugend anzunehmen, bis 31.12.1980 habe ein bestimmtes Vertrauen der Geschäftswelt bestanden, das durch die Einführung des neuen Gesetzes beseitigt worden sei.

Trotz dieser Ungereimtheiten in der Begründung für eine eventuelle Änderung der Rechtsprechung hat der BGH seine ursprüngliche Meinung für Altfälle aufrechterhalten. Es ist deshalb zu untersuchen, ob

---

320) BGH, NJW 1980, 54 f; NJW 1983, 2258 (2260)
321) BGH, NJW 1983, 2258 (2260)
322) NJW 1983, 2260 f
323) Ebenso Huber, ZGR 1984, 146 (166f); Knobbe-Keuk, FS für Stimpel, 187 (193)
324) BGHZ 62, 216 (226); 65, 103 (105); BGH, BB 1977, 1221 (1222)

die Anwendung von § 176 I HGB auf die GmbH & Co. KG durch den BGH für Altfälle überzeugen kann. Die Anwendung wird damit begründet, daß von einer Institutionalisierung der GmbH & Co. KG in dem Sinne, daß persönlich haftende natürliche Personen nicht mehr vorhanden seien, zumindest vor Einführung von § 19 V HGB nicht gesprochen werden konnte.[325] Auch werde der von § 176 HGB gewollte Verkehrsschutz nicht hinreichend von dem GmbH & Co.-Zusatz übernommen, weil rechtlich Unerfahrene damit nichts anzufangen wüßten.[326] Schließlich könne der fehlende Druck zur Eintragung bei Nichtanwendung des § 176 HGB zu Irrtümern über die Höhe des Kommanditkapitals führen.[327]

Dieser Ansicht ist zuzugeben, daß zumindest die theoretische Möglichkeit besteht, daß auch in einer als GmbH & Co. firmierenden Gesellschaft natürliche Personen neben der GmbH unbeschränkt haften.[328]

Insofern sind zumindest Zweifel in Bezug auf die vom Gesetz ausdrücklich geforderte positive Kenntnis angebracht.[329]

---

325) BGH, NJW 1980, 54f

326) BGH, NJW 1980, 54f

327) BGH, NJW 1980, 54 f

328) Das räumt auch Schmidt in Schlegelberger 5. Aufl. § 176 Rdn. 49 ein.

329) A. A. ausdrücklich Huber, FS für Hefermehl, 127 (131); ihm folgend Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 (204)

3) Fehlen eines primären Vertrauenstatbestandes beim Auftreten einer GmbH & Co. KG

Wie oben ausgeführt, ist § 176 HGB eine Vertrauensschutznorm, bei der es zwei primäre Vertrauenstatbestände gibt, die eine Haftung aus § 176 HGB begründen. Diese sind der Verkehr mit einer Gesellschaft, die OHG oder Kommanditgesellschaft sein kann, oder die Mitgliedschaft im Personenverband, die unbeschränkt oder beschränkt haftend sein kann. Der erste Vertrauenstatbestand scheidet schon beim Auftreten als Kommanditgesellschaft aus. Fraglich bleibt, ob der zweite Vertrauenstatbestand anwendbar bleibt, wenn eine GmbH & Co. KG auftritt und der Gläubiger nur weiß, daß eine bestimmte Person dort Gesellschafter ist.

Das ist zu verneinen. Sicher ist, daß bei einer als GmbH & Co. KG auftretenden Gesellschaft nicht zwingend unbeschränkt haftende natürliche Personen fehlen müssen. In der Praxis kommt dies jedoch äußerst selten vor.[330] Das erklärt sich auch daraus, daß eine Gesellschaft mit natürlichen Personen als Komplementären wahrscheinlich nicht mit der wenig kreditwürdigen Firma einer GmbH & Co. KG auftreten würde.[331]

---

330) Vergl. den Hinweis von Limbach, GmbHRdsch 1967, 165 (166) aus dem Jahr 1967. Von 63 GmbH & Co. KG im Handelsregister Berlin Charlottenburg hatte keine eine natürliche Person als Komplementär. Dieses Verhältnis dürfte sich bis heute kaum entscheidend verändert haben.

331) So richtig Binz S. 27

Tritt eine Gesellschaft als GmbH & Co. KG auf, so muß in der Regel davon ausgegangen werden, daß keine unbeschränkt haftendenden natürlichen Personen vorhanden sind.

Der Gläubiger kann somit im Regelfall bei einer GmbH & Co. KG nicht mit unbeschränkt haftenden natürlichen Personen rechnen. Da die Vertrauenshaftung nach § 176 HGB an die Regel und nicht an die Ausnahme anknüpft, ist diese Bestimmung auf die GmbH & Co. KG mangels primären Vertrauenstatbestandes nicht anwendbar, weil die Stellung des dem Gläubiger bekannten Gesellschafters bei der GmbH & Co. KG regelmäßig die eines Kommanditisten ist.[332]

Auf den Ausnahmetatbestand der Gläubigerkenntnis kommt es somit nicht mehr an.[333]

Dem kann nicht entgegengehalten werden, der GmbH & Co. KG- Zusatz sei bei rechtlich Unerfahrenen nicht geeignet, die Verkehrsschutzfunktion des § 176 HGB zu übernehmen.[334] Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung die Firmenführung GmbH & Co. KG als Warnung vor wirtschaftlich beschränkter Haftung selbst des Komplementärs in der Kommanditgesellschaft verlangt.[335] Diese ständige Rechtsprechung ist seit dem

---

332) Im Ergebnis ebenso Priester, BB 1980, 911 (913f)

333) Ausdrücklich anders Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 (202f); vergl. auch Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn 49

334) BGH, NJW 1980, 54 (55f)

335) BGHZ 62, 216 (226); 65, 103 (105); BGH, BB 1977, 1221 (1222)

1.1.1981 in § 19 V HGB Gesetz geworden. Daneben hat der BGH [336] bei unzulässiger Firmenführung als KG durch eine noch nicht entstandene Kommanditgesellschaft nach § 2 HGB im Ergebnis eine Haftungsbeschränkung bejaht. Es ist aber nicht anzunehmen, daß der rechtlich Unerfahrene im heutigen Rechtsleben mit einer Bezeichnung als KG mehr anfangen kann als mit einer als GmbH & Co. KG. Es ist als Folge der weiten Verbreitung der GmbH & Co. KG eher umgekehrt. Es ist somit widersprüchlich, wenn der BGH in einem Fall mindestens gleich hohen Schutzbedürfnisses gegenüber rechtlich Unerfahrenen die unzulässige Firmenführung zur Haftungsbeschränkung ausreichen läßt und im anderen Fall die zulässige Firmenführung nicht.[337]

Auch der Hinweis des BGH [338] auf Irrtumsmöglichkeiten bezüglich der Höhe des Kommanditkapitals bei fehlender Eintragung überzeugt nicht. Es ist anerkannt und wird auch vom BGH [339] nicht in Frage gestellt, daß § 176 HGB schon dann keine Anwendung mehr findet, wenn der Gläubiger die Kommanditisteneigenschaft ohne Kenntnis der Haftsumme kennt.[340] Das ist auch bei Einordnung des § 176 HGB als Rechtsscheinvor-

---

336) BGHZ 61 ,59 (65ff) siehe dazu ausführlich unten S. 143ff

337) Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 (204); Lieb, ZHR 141 (1977), 374 (379)

338) NJW 1980, 54 (55)

339) NJW 1980, 54 (55)

340) Vergl. nur Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 11

schrift folgerichtig, weil kein Vertrauen mehr bestehen kann, wenn der Gläubiger die Kommanditistenstellung kennt.
Da somit die Höhe des Kommanditkapitals im Rahmen des Vertrauensschutzes keine Rolle spielt, kann mit der Höhe des Kommanditkapitals nicht argumentiert werden, um eine Anwendung mit § 176 HGB zu begründen.[341]

Abweichend hiervon ist die Ansicht Karsten Schmidts,[342] der meint, auch eine wünschenswerte Eintragung der Haftsummen sei bei Anwendung von § 176 HGB auf die GmbH & Co. KG zu erreichen. Dies folgert er aus der von ihm vertretenen Auffassung, beim Auftreten einer GmbH & Co. KG gehe es nicht um die Frage, ob § 176 HGB auf diese Gesellschaft überhaupt Anwendung finde, sondern darum, ob durch den GmbH-Zusatz Kenntnis des Gläubigers von der Kommanditistenstellung begründet werde. Gehe man von einer Ansiedlung des Problems bei der Gläubigerkenntnis aus, so sei die Eintragung des Kommanditisten der einzig wirklich sichere Weg, die unbeschränkte Haftung auf jeden Fall auszuschließen. Es seien Fälle denkbar, in denen der Gläubiger nicht einmal wisse, daß er es mit einer Gesellschaft zu tun habe. Dann könne der GmbH-Zusatz bei diesem keine Kenntnis der Kommanditistenstellung begründen, um die Anwendung von § 176 HGB auszuschließen. Zur Vermeidung der Gefahr, einen solchen Gläubiger zu treffen und dann unbeschränkt zu haften, sei die Eintragung das einzig wirksame

---

341) So auch Axer S. 202
342) ZHR 144 (1980), 192 (204)

Mittel. Mit der Eintragung des Kommanditisten werde aber in der Regel auch dessen Haftsumme eingetragen.

Nach der hier vertretenen Auffassung[343] können diese Erwägungen für die Frage der Eintragung der Haftsummen im Rahmen des § 176 HGB zu keinem anderen Ergebnis führen. Abgesehen davon, daß es zweifelhaft ist, ob der GmbH-Zusatz ausreicht, um die vom Gesetz geforderte positive Kenntnis der Kommanditistenstellung zu begründen,[344] bestehen weitere Bedenken. Weiß der Gläubiger nicht einmal, daß ihm eine Gesellschaft gegenübersteht, ist keine Grundlage für ein schützenswertes Vertrauen des Gläubigers ersichtlich, daß ihm mehr als eine Person unbeschränkt haftet. § 176 HGB findet deshalb schon aus diesem Grund keine Anwendung, ohne daß es in diesem Fall noch auf den GmbH-Zusatz ankäme. Um die nach Schmidt wünschenswerte Eintragung auch der Haftsummen zu erreichen, gibt somit auch der Fall der Nichtkenntnis des Gläubigers vom Bestehen einer Gesellschaft nichts her. Es bleibt deshalb festzuhalten, daß die Frage der Eintragung oder Nichteintragung der Haftsummen für die Anwendung von § 176 HGB keine Rolle spielt. Dem Bedürfnis nach Eintragung der Haftsummen und damit der Höhe des Kommanditkapitals wird durch § 162 I HGB in Verbindung mit § 14 HGB ausreichend Rechnung getragen.

---

343) Siehe oben S. 126ff und Fußn. 262

344) Siehe oben S. 125

Als Gesamtergebnis bleibt somit festzuhalten, daß § 176 HGB auf die GmbH & Co. KG keine Anwendung findet, weil kein rechtserheblicher Vertrauenstatbestand vorliegt.

E) § 176 und die Soll- Kommanditgesellschaft

Erhebliche Probleme und Meinungsverschiedenheiten bestehen hinsichtlich der Anwendung des § 176 HGB auf eine als Kommanditgesellschaft firmierende Gesellschaft, die kein Grundhandelsgewerbe nach § 1 HGB betreibt und nicht eingetragen ist. Diese Soll-Kommanditgesellschaft ist nach allgemeiner Ansicht bis zur Eintragung eine BGB-Gesellschaft.[345] Hinsichtlich der Haftung ihrer Gesellschafter bei Geschäftsaufnahme vor Eintragung besteht Streit.[346]

l) Haftung des Soll- Kommanditisten als BGB- Gesellschafter

Dabei ist zunächst von folgendem auszugehen. Die als Kommanditgesellschaft auftretende Soll-Kommanditgesellschaft ist eine BGB-Gesellschaft. Der mit ihr in Be-

---

345) Vergl. nur Baumbach § 176, 2 A und B; Kuhn, FS für Hefermehl, 158 (160f)

346) BGHZ 61, 59 (64ff); 69, 95 (98ff); Flume, FS für Westermann, 119 (134ff); Beyerle, BB 1975, 944 ff; Teichmann/Schick, JuS 1975, 18 ff; Kuhn, FS für Hefermehl 159 ff; Kollhosser, ZGR 1976, 231 ff

rührung Kommende kann sich auch bei ihrem Auftreten als Kommanditgesellschaft auf die wahre Rechtslage, nämlich einer Haftung als BGB-Gesellschaft, berufen.[347] Deshalb soll untersucht werden, wie der Soll-Kommanditist als BGB-Gesellschafter für die Schulden der BGB-Gesellschaft haftet.

Der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft haftet grundsätzlich nach §§ 427, 714 BGB für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten auch mit seinem Privatvermögen,[348] wenn er von dem Handelnden mitverpflichtet wurde. Das setzt voraus, daß der Geschäftsführer Vertretungsmacht hatte, und eröffnet somit die Möglichkeit einer Beschränkung dieser Vertretungsmacht auf eine Verpflichtung nur des gesamthänderisch gebundenen Vermögens.[349] Fraglich ist, ob in der Soll-Kommanditgesellschaft die Vertretungsmacht der zukünftigen Komplementäre in diesem Sinne beschränkt ist.
Der Gesellschaftsvertrag wird allerdings, weil er für eine bestehende Kommanditgesellschaft formuliert ist, keine ausdrückliche Regelung dieses Komplexes enthalten. Deshalb wird zu Recht angenommen,[350] daß eine Lösung durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages gewonnen werden kann.

---

347) Zu diesem Wahlrecht Canaris S. 518 ff

348) Vergl. zur dogmatischen Herleitung im einzelnen Ulmer FS für R. Fischer S. 785 ff

349) A. A. wohl Barella, DB 1952, 464

350) OLG Stuttgart, MDR 1954, 169; ebenso Eckert, JuS 1986, 122 (123)

Es kommt für eine ergänzende Vertragsauslegung darauf an, was die Gesellschafter vereinbart hätten, wenn sie die vorliegende Konstellation bedacht hätten.[351] Die Absicht der Gesellschafter war es, das kapitalmäßige Risiko der als Kommanditisten vorgesehenen Gesellschafter auf einen bestimmten Betrag zu beschränken. An dieser Absicht hat sich nichts dadurch geändert, daß die Gesellschaft vor Eintragung ihre Geschäfte aufgenommen hat. Diesem Interesse entspricht es eindeutig, wenn man in der Phase vor Bestehen einer Kommanditgesellschaft die Vertretungsmacht der Geschäftsführer beschränkt, denn nur so läßt sich die Absicht des begrenzten Risikos verwirklichen.[352] Es ist somit festzuhalten, daß die Vertretungsmacht der Geschäftsführer in der Soll-Kommanditgesellschaft bezüglich der Kommanditisten in spe auf eine Verpflichtung nur des Gesellschaftsvermögens beschränkt ist.[353]

Allerdings soll diese bloße Vereinbarung der beschränkten Vertretungsmacht den Geschäftspartner nur bei Publizität dieser

---

351) Zur ergänzenden Vertragsauslegung Larenz, AT § 29 I S. 530

352) Vergl. zum ähnlich gelagerten Fall des Absinkens einer KG zur BGB- Gesellschaft mit gleichem Ergebnis wie hier BGH, NJW 1971, 1698 und Stimpel, ZGR 1973, 73 (82ff). Dazu auch oben S. 111

353) BGHZ 61, 59 (67); 69, 95 (100); Kollhosser, ZGR 1976, 230 (232); Teichmann/Schick, JuS 1975, 18 (21); Huber, FS für Hefermehl, 127 (134); Binz S. 33 f; Spies S. 27

Beschränkung entgegengehalten werden können. Welche Anforderungen an die Publizität zu stellen sind, wird uneinheitlich beurteilt. Teilweise wird Offenkundigkeit der Beschränkung verlangt.[354] Andere wollen Erkennbarkeit ausreichen lassen.[355] Auch wird darauf abgestellt, ob die Gesellschafter kraft Rechtsscheins aus Duldungs- oder Anscheinsvollmacht verpflichtet sind, trotz Beschränkung der Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter von diesen abgeschlossene Geschäfte gegen sich gelten zu lassen.[356] Schließlich wird für eine Beschränkung der Vertretungsmacht eine vertragliche Vereinbarung mit dem Gläubiger verlangt.[357]

---

354) Soergel (Schultze-v.Lasaulx) § 714 Anm. 9; Esser § 95 III 3; Schmidt, DB 1973, 653 (656)

355) Westermann Rdn. 379; Erman (Schulze-Wenck) § 714 Anm. 4; Palandt (Thomas) § 714, 3 c

356) So MK (Ulmer) § 714 Rdn. 31

357) Würdinger S. 90; Beyerle, BB 1975, 945; ders., Der unbeschränkt.... S. 157 f allerdings widersprüchlich. Beyerle stellt ab auf Benennung der nur beschränkt haftenden Gesellschafter (= positive Kenntnis) und meint, daß diese positive Kenntnis zu einer vertraglichen Vereinbarung bei Abschluß des Vertrages führe (S. 158). Auf S. 72 beruft sich Beyerle zu Recht auf einen Unterschied zwischen positiver Kenntnis des Gläubigers und vertraglicher Vereinbarung, um die Abgrenzung zur OHG zu begründen, bei der eine Haftungsbeschränkung durch vertragliche Vereinbarung auch möglich ist.
Abweichend Flume, PG S. 327ff, der zwar zunächst untersucht, was vereinbart ist. Fehle es aber an der vertraglichen Vereinbarung des Ausschlusses

Diese letzte Ansicht überzeugt für die BGB-Gesellschaft nicht. Selbst in der OHG, bei der kraft Gesetzes die Vertretungsmacht der Geschäftsführer nach § 126 II HGB unbeschränkbar ist, ist eine Haftungsbegrenzung durch Vereinbarung möglich.

In der BGB-Gesellschaft ist dagegen eine Beschränkung der Vertretungsmacht möglich. Würde die Beschränkung nur wirksam sein durch Vereinbarung mit dem Gläubiger, würde der Unterschied zwischen BGB-Gesellschaft und OHG als Handelsgesellschaft verwischt.[358]

Über die Offenkundigkeit einer bestehenden Haftungsbeschränkung hinaus verlangt Beyerle[359] bei einer BGB-Gesellschaft, die als Kommanditgesellschaft auftritt, Kenntnis des Gläubigers von der beschränkten Vertretungsmacht für jeden einzelnen Kommanditisten zur Wirksamkeit der Beschränkung. Er begründet dies mit einer Parallele zu § 176 I HGB. In der Kommanditgesellschaft vor Eintragung müßten, obwohl sie Kommanditgesellschaft und für diese die beschränkte Haftung Regelfall sei, die Gesellschafter unbeschränkt haften, wenn der Gläubiger ihre Kommanditistenstellung nicht kannte. Dann müsse doch erst recht in der BGB-Gesell-

---

der persönlichen Haftung, sei nach allgemeinem Vertretungsrecht zu prüfen, ob Vertretungsmacht vorgelegen habe.

358) Zu Recht Schmidt, DB 1973, 653 (656); Westermann, Rdn. 379

359) BB 1973, 1375 (1380)

schaft, die sich als Kommanditgesellschaft geriert habe und bei der die unbeschränkte Haftung die Regel sei, eine Haftungsbeschränkung nur bei positiver Kenntnis möglich sein.

Diese Ansicht überzeugt nicht. § 176 HGB ist, wie oben dargelegt, eine Vertrauensschutznorm zum Schutz des gutgläubigen Verkehrs. Bei den Handelsgesellschaften ist jedoch der Verkehrsschutz gerade umfassender ausgestaltet als im Bürgerlichen Recht. Folglich kann die Tatsache, daß im Handelsrecht durch § 176 I HGB positive Kenntnis für eine Haftungsbeschränkung gefordert wird, keine Rückschlüsse auf die BGB-Gesellschaft zulassen. Da aber die Soll-Kommanditgesellschaft trotz ihres Auftretens als Kommanditgesellschaft BGB-Gesellschaft bleibt, bleiben die für diese geltenden Regeln anwendbar. Weitergehender Verkehrsschutz kann nur auf der Ebene der Rechtsscheinshaftung[360] erreicht werden, aber nicht dadurch, daß man an die BGB-Gesellschaft gleiche Anforderungen stellt, wie an eine Handelsgesellschaft.
Trotz des Auftretens als Kommanditgesellschaft eine unbeschränkte Haftung der als Kommanditisten vorgesehenen Gesellschafter nach BGB-Gesellschaftsrecht anzunehmen, ist mit dem Vertretungsrecht und sinnvollem Verkehrsschutz nicht zu vereinbaren.
Grundsätzlich kommt es für eine Haftung des Vertretenen nur darauf an, ob der Vertreter Vollmacht hatte oder nicht. Hatte er keine ausdrückliche Vollmacht, kann sich eine

---

360) Siehe dazu unten S. 138ff

Haftung des Vertretenen nur auf Rechtsscheinsebene durch Annahme einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ergeben.[361] Der Dritte ist nach Rechtsscheinsgesichtspunkten dann schützenswert, wenn es Umstände gibt, die sein Vertrauen auf das Bestehen bestimmter Tatsachen (z. B. unbeschränkte Vertretungsmacht) stützen können. Dies ist bei der normalen, am Geschäftsleben teilnehmenden BGB-Gesellschaft deshalb gegeben, weil sich eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Geschäftsführer auf eine Verpflichtung nur des Gesellschaftsvermögens bei einer Gesellschaft, die kein Gesellschaftsvermögen haben muß, in der Praxis nicht durchführen läßt. Deshalb wird bei einer normalen BGB-Gesellschaft eine solche Beschränkung in der Regel nicht vorgenommen.[362] Wird die Vertretungsmacht dann aber ausnahmsweise doch beschränkt, ist zur Verhinderung einer Rechtsscheinsvollmacht nötig, daß dies dem Gläubiger irgendwie kenntlich gemacht wird. Die Literatur streitet nun darüber, ob diese Kenntlichmachung für den Gläubiger erkennbar[363] oder offenkundig[364] sein muß, um den Rechtsschein einer weitergehenden Vollmacht zu zerstören. Dieser Streit ist jedoch nicht auf die als Kommanditgesellschaft auftretende Soll-Kommandit-BGB-Gesellschaft zu übertragen, denn

---

361) MK (Ulmer) § 714 Rdn 31

362) Flume, PG § 16 IV 4 S. 328

363) Westermann Rdn. 379; Erman (Schulze-Wenck) § 714 Anm. 4; Palandt (Thomas) § 714, 3 c

364) Soergel (Schultze-v. Lasaulx) § 714 Anm. 9; Esser § 95 III 3; Schmidt, DB 1973, 653 (656)

es ist nicht ersichtlich, wie der Gläubiger darauf vertrauen können soll, der Geschäftsführer der Soll-Kommanditgesellschaft habe Vertretungsmacht, alle Gesellschafter unbeschränkt zu verpflichten, obwohl ihm als Vertragspartner eine als Kommanditgesellschaft auftretende Gesellschaft gegenübersteht. Durch das Auftreten als Kommanditgesellschaft wird einem Vertrauen Dritter in eine unbeschränkte Vollmacht des Geschäftsführers, alle Gesellschafter unbeschränkt verpflichten zu dürfen, jegliche Grundlage entzogen. Der Scheinkommanditist einer als Kommanditgesellschaft auftretenden BGB-Gesellschaft haftet deshalb nach BGB-Gesellschaftsrecht nicht unbeschränkt, weil die Vollmacht der Geschäftsführer tatsächlich beschränkt ist, und es an einer Grundlage für ein Vertrauen der Geschäftspartner fehlt, die Vollmacht sei unbeschränkt.[365]

2) Haftung aus Rechtsscheinsgesichtspunkten

Da bei der Soll-Kommanditgesellschaft die Anwendung der BGB-Normen somit regelmäßig nicht zu einer unbeschränkten Haftung der Scheinkommanditisten führt, ist zu untersuchen, ob eine strengere Haftung durch An-

---

365) Im Ergebnis ebenso: BGHZ 61, 59 (67); Schmidt, DB 1973, 653 (656); Binz S. 34 f; Eckert, JuS 1986, 122 (123), die allerdings untersuchen, ob der Gläubiger die Einschränkung der Vollmacht gegen sich gelten lassen muß, während vorliegend darauf abgestellt wird, ob der Gläubiger überhaupt auf einen größeren als den tatsächlichen Umfang der Vollmacht vetrauen durfte.

wendung der Rechtsscheinsgrundsätze zu erreichen ist.

a) Das Meistbegünstigungsprinzip

Die Soll-Kommanditgesellschaft ist im Rechtsverkehr als Kommanditgesellschaft aufgetreten. Sie und ihre Gesellschafter müssen sich deshalb von gutgläubigen Dritten entsprechend dem gesetzten Rechtsschein behandeln lassen.[366]

In einer Kommanditgesellschaft ist die Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter kraft Gesetzes (§§ 126 I und II, 161 II HGB) unbeschränkt und unbeschränkbar.
Es fragt sich deshalb, ob die Gesellschafter, die als BGB-Gesellschafter grundsätzlich unbeschränkt haften, den Gläubigern eine Einschränkung der Vertretungsmacht der Geschäftsführer entgegenhalten können, obwohl sie als Kommanditgesellschaft aufgetreten sind und dort die Vertretungsmacht unbeschränkbar ist.[367]
Eine Kombination der Haftung als BGB-Gesellschafter mit dem Einwendungsausschluß beschränkter Vertretungsmacht kraft Rechtsscheins könnte so zu einer unbeschränkten Haftung der Gesellschafter führen.

Eine ähnliche Auffasung zum Problem der Meistbegünstigung hat der BGH in BGHZ 65, 309 ff vorgenommen. Dort waren die zwei

---

366) Vergl. dazu Kraft/Kreutz S. 165 ff
367) Das meint wohl Beyerle, BB 1975, 944 (948)

persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft nur zur Gesamtvertretung berechtigt. Einer der beiden schied aus der Gesellschaft aus, was nicht eingetragen wurde. Der andere bestellte Waren für die Gesellschaft, die nicht bezahlt wurden.
Der unstreitige Inhalt des Meistbegünstigungsprinzips besagt, daß der Dritte die Wahl hat zwischen den Rechtsfolgen, die sich aus der Zugrundelegung des wahren Sachverhaltes oder des Scheinsachverhaltes ergeben.[368] Dies hätte für den Fall in BGHZ 65, 309 bedeutet, daß sich der Gläubiger einerseits auf die fehlende Eintragung des Austritts des Gesellschafters nach § 15 I HGB hätte berufen können. Dann wären jedoch die von dem anderen Gesellschafter geschlossenen Verträge wegen fehlender Vertretungsmacht nicht wirksam geworden, weil Gesamtvertretungsmacht galt.
Andererseits hätte der Gläubiger sich auf die nach dem Grundsatz der Selbstorganschaft[369] vorliegende Einzelvertretungsmacht des in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafters berufen können. Dann wären zwar die geschlossenen Verträge wirksam gewesen, der Gläubiger müßte sich aber die Voraussetzung der Einzelvertretungsmacht, nämlich das Ausscheiden des anderen Gesellschafters, entgegenhalten lassen.

Über diesen Inhalt des Meistbegünstigungsprinzips hinaus hat der BGH in BGHZ 65, 309 eine Kombination beider Möglichkeiten zuge-

---

368) Dazu Tiedtke, DB 1979, 245 (246)
369) Dazu Kraft/Kreutz S. 141

lassen. Für die Frage des Ausscheidens des Gesellschafters könne sich der Gläubiger auf die fehlende Eintragung berufen (§ 15 I HGB) und für die Frage der Vertretungsmacht auf die durch das Ausscheiden wirklich vorliegende Einzelvertretungsmacht. Der Ausgeschiedene mußte somit haften.

Eine Herleitung der unbeschränkten Haftung eines Soll-Kommanditisten aus einem soweit verstandenen Meistbegünstigungsprinzips ist aber bedenklich.
Abgesehen davon, daß gegen ein soweit verstandenes Prinzip grundsätzliche Bedenken bestehen,[370] ist es über den Bereich des § 15 HGB auf den vorliegenden Fall nicht ausdehnbar.
Im Rahmen des § 15 I HGB ist es den Betroffenen untersagt, sich auf eine bestimmte Tatsache zu berufen, solange sie nicht eingetragen ist. Geht nun der Gläubiger, wie im vom BGH entschiedenen Fall, vom wahren Sachverhalt (Einzelvertretungsmacht) zur Begründung der Haftung aus, läßt es sich nach dem Wortlaut des § 15 I HGB immer noch begründen, daß sich der Betroffene nicht auf sein Ausscheiden aus der Gesellschaft berufen kann.
Diese Lösung geht jedoch über Vertrauensschutz als Grundlage weit hinaus.[371]
Da aber die Lehre von der Scheingesellschaft als Rechtsscheinslehre ihre Grundlage allein im Vertrauensschutz hat, ist

---

370) John, ZHR 140 (1976), 236 (254); Tiedtke, DB 1979, 245 ff; a. A. Schmidt, HR § 14 I 4 b S. 306 f

371) Zutreffend Hüffer in GK HGB 4. Aufl. § 15 Rdn.27

dort ein Meistbegünstigungsprinzip, das über Vertrauensschutz als Grundlage hinausgeht, nicht anwendbar. Der Gläubiger kann hier nur den wahren Sachverhalt, d.h. Haftung als BGB-Gesellschafter mit beschränkter Vertretungsmacht der Geschäftsführer oder Haftung als Kommanditist mit unbeschränkter Vertretungsmacht der Geschäftsführer wählen.[372]

b) Anwendung von § 176 aus Rechtsscheinsgesichtspunkten

Es bleibt deshalb zu untersuchen, wie die Gesellschafter der Soll-Kommanditgesellschaft zu haften haben, wenn man sie an dem von ihnen durch Zustimmung zur Geschäftsaufnahme gesetzten Schein festhält. Eine weit verbreitete Ansicht will auf sie die unbeschränkte Haftung des § 176 I HGB anwenden, weil sie sich als Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft nach § 1 HGB behandeln lassen müßten, aber noch nicht eingetragen seien.[373]

---

372) Im Ergebnis ähnlich Canaris S. 172

373) Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 176 Rdn 11; Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn. 5 Heymann/ Kötter § 176 Anm. 5 (mit Einschränkungen); Lehmann/Dietz S. 206; Kornblum S. 206 und 251; Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 19; Schwerdner, JR 1973, 319 (320); Hofmann, GmbHRdsch 1970, 182 (187); nur im Ergebnis (= unbeschränkte Haftung) übereinstimmend: Beyerle, BB 1975, 944 ff; Flume, PG S. 332 ff, die ihr Ergebnis aus Anwendung der BGB Gesellschaftsregeln herleiten und eine Rechtsscheinshaftung ablehnen.

Dieser Auffassung ist der BGH [374] im wesentlichen mit zwei Argumenten entgegengetreten.
Wende man § 176 I HGB auf die Soll-Kommanditgesellschaft an, würde die Bestimmung des § 176 I, 2 HGB weitgehend leerlaufen. [375] Außerdem dürfe eine Rechtsscheinshaftung nicht weitergehen, als wenn der Schein der Wirklichkeit entspräche. Der von der Soll-Kommanditgesellschaft erzeugte Rechtsschein ginge aber auf das Bestehen einer eingetragenen Kommanditgesellschaft, in der nur beschränkt gehaftet würde. [376]

Diese Argumentation ist jedoch nicht derart zwingend, wie sie auf den ersten Blick erscheint.
Zwar besagt § 176 I, 2 HGB, daß die unbeschränkte Haftung nicht für eine Gesellschaft nach § 2 HGB gelten soll, die nur BGB-Gesellschaft sein kann. Dieser Satz 2 ist jedoch selbstverständliche Folge des fehlenden Status der BGB-Gesellschaft als Handelsgesellschaft, denn nur auf diese ist

---

374) BGHZ 61, 59 (65ff)

375) Dem BGH insoweit zustimmend : Vigener S. 78; Spies S. 31 f; Kuhn, FS für Hefermehl, 159 (162); Capelle/Canaris, HR § 6, 3 S. 64 f; ähnlich auch Eckert, JuS 1986, 122 (123); Axer S. 214

376) Dem BGH darin folgend: Kollhosser, ZGR 1976, 231 (235f); Teichmann/Schick, JuS 1975, 18 (22); nur im Ergebnis (Keine Anwendung von §176 I,1 HGB) Axer S. 215 als Folge seiner Sicht des § 176 HGB. § 176 HGB knüpfe allein an die unterlassene Eintragung durch den Kommanditisten an. Für die materielle BGB-Gesellschaft, die nur als Kommanditgesellschaft auftrete, bestehe diese Eintragungsverpflichtung aber gerade noch nicht.

überhaupt der Normenkomplex der §§ 105 ff HGB anwendbar.[377] Im Bezug auf eine eventuelle Rechtsscheinshaftung einer als Handelsgesellschaft auftretenen BGB-Gesellschaft sagt § 176 I, 2 HGB ebenso wie § 123 II HGB, 2 HS nichts aus.[378] Eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter aus § 176 I HGB wegen veranlaßtem Rechtsschein ist deshalb nicht durch § 176 I, 2 HGB ausgeschlossen.
Dagegen hat Axer[379] eingewandt, eine Anwendung des § 176 I, 1 HGB aus Rechtsscheinsgesichtspunkten sei nicht möglich, so daß es bei der Regel des § 176 I, 2 HGB bleiben müsse. Dies begründet er mit der Sicht des Dritten. Dieser sei nicht schutzwürdig. Halte er die Gesellschaft für eingetragen, entfalle § 176 I, 1 HGB von vornherein. Halte er die, wie ihm bekannt kein Grunhandelsgewerbe betreibende Gesellschaft für nicht eingetragen, so wisse er, daß nur eine BGB-Gesellschaft vorliege.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Zunächst ist für eine Anwendung von § 176 I, 1 HGB nicht die Eintragung der Gesellschaft, sondern des Gesellschafters entscheidend.[380] Schließlich gibt es sicher zahlreiche Fälle, in denen der Dritte

---

377) Zu Recht Schmidt, JZ 1974, 219 (220); ihm folgend Binz S. 37

378) Westermann Rdn. 835; Fischer, NJW 1973, 2188 (2189); Weismann, JuS 1985, 390 (394); Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn. 5

379) S. 214

380) Siehe dazu unten S. 150

gerade nicht weiß, welches Gewerbe die Gesellschaft betreibt, so daß er nicht auf eine BGB-Gesellschaft schließen kann. Die Ansicht von Axer vermag somit nicht, eine jenseits von § 176 I, 2 HGB liegende Anwendung des § 176 I, 1 HGB auf die Soll-Kommanditgesellschaft aus Rechtsscheinsgesichtspunkten auszuschließen.

Wie schon oben dargestellt, hat der BGH zu Recht ausgeführt, daß die Rechtsscheinshaftung nicht weitergehen darf, als sei der gesetzte Schein wahr. Dieser Grundsatz führt nach dem BGH [381] dazu, daß die als Kommanditgesellschaft auftretende BGB-Gesellschaft nur den Rechtsschein einer eingetragenen Kommanditgesellschaft nach § 2 HGB gesetzt hat. Das folge daraus, daß die Soll-Kommanditgesellschaft tatsächlich kein Grundhandelsgewerbe nach § 1 HGB betreibe. Eine solche Gesellschaft könne, Gesellschaft nur durch Eintragung werden. Trete die Soll-Kommanditgesellschaft schon als Kommanditgesellschaft auf, könne sie somit nur den Rechtsschein einer eingetragenen Kommanditgesellschaft gesetzt haben. [382]

Diese Auffassung überzeugt nicht. Die in ihr gemachten Schlußfolgerungen sind nur zwingend, wenn der Gläubiger weiß, daß es sich um eine Gesellschaft ohne Grundhandelsgewerbe handelt. Weiß er dies aber nicht, läßt sich bezüglich des gesetzten

---

381) BGHZ 61, 59 (66f)

382) Diese Argumentation bei Capelle/Canaris, HR § 6, 3 S. 64 f

Rechtsscheins genau gegensätzlich argumentieren:
Die als Kommanditgesellschaft aufgetretene BGB-Gesellschaft ist tatsächlich nicht eingetragen. Eine Gesellschaft, die nicht eingetragen ist, kann Kommanditgesellschaft nur nach den §§ 123 II; 1 HGB, also mit Geschäftsaufnahme, werden, wenn sie ein Grundhandelsgewerbe betreibt. Die als Kommanditgesellschaft auftretende BGB-Gesellschaft hätte nach dieser Anschauung den Rechtsschein einer nicht eingetragenen Kommanditgesellschaft mit Grundhandelsgewerbe gesetzt, so daß die Soll-Kommanditisten nach § 176 HGB unbeschränkt zu haften hätten.

Gegen diese Auffassung hat Canaris [383] eingewandt, der Rechtsschein einer Kommanditgesellschaft ohne Eintragung liege nicht vor, weil man nicht einfach davon ausgehen könne, daß die Gesellschafter ihre Anmeldepflicht vernachlässigt hätten. Die Frage der Eintragung müsse den Dritten daher offen erscheinen, so daß es an einem für die Haftung aus § 176 I HGB erforderlichen Scheintatbestand der Nichteintragung fehle. [384]

Diese Ansicht überzeugt nicht. Zunächst sagt die Anmeldepflicht und ihre Verletzung nichts über die Eintragung der Kommanditgesellschaft aus. Auch bei einer ordnungsgemäßen Anmeldung kann es angesichts der Zeitspanne zwischen Anmeldung und Ein-

---

383) Capelle/Canaris, HR § 6, 3 S. 65
384) Capelle/Canaris, HR § 6, 3 S. 65

tragung Kommanditgesellschaften geben, die ihre Geschäfte aufgenommen haben, bei denen aber weder die Gesellschaft noch die Gesellschafter eingetragen sind. Canaris selbst geht davon aus, daß beim bloßen Auftreten einer Kommanditgesellschaft die Frage, ob sie den Rechtsschein einer eingetragenen oder nicht eingetragenen Kommanditgesellschaft gesetzt habe, offen sei.[385] Dies führt aber nicht dazu, daß schon aus diesem Grund eine Haftung aus § 176 I HGB mangels erforderlichem Scheintatbestand der Nichteintragung ausscheidet.[386] Ist die Frage des gesetzten Rechtsscheins offen, so ist nicht erklärlich, wie einem Dritten die Berufung darauf verwehrt werden soll, er habe gerade auf eine Nichteintragung der Gesellschaft vertraut. Besteht die gleichwertige Möglichkeit sowohl des Rechtsscheins einer eingetragenen als auch des Rechtsscheins einer nicht eingetragenen Kommanditgesellschaft, kann dies nach Rechtsscheinsgrundsätzen nicht zu Lasten des Dritten, sondern allenfalls zu Lasten des den Rechtsschein Setzenden gehen.[387] Mit der Begründung,

---

385) Capelle/Canaris, HR § 6, 3 S. 65

386) Zur Frage des Umfangs des gesetzten Rechtsscheins und der Anforderung an das Vertrauen vergl. auch unten S. 148ff und S. 152f

387) Vergl. zum Irreführungsrisiko gerade Canaris, Vertrauenshaftung S. 482. Nach ihm trägt der Erklärende, wenn er die Unrichtigkeit seiner Erklärung kennt, das Risiko, daß ein Dritter durch die Erklärung irregeführt wird. Das folgt für Canaris daraus, das der Erklärende eine Gefährdung schafft, die er beherrscht und ohne weite-

die Frage des gesetzten Rechtsscheins sei offen, läßt sich deshalb die Anwendung von § 176 I HGB auf den Scheinkommanditisten nicht verneinen.

Es fragt sich deshalb, wenn die Möglichkeit sowohl des Rechtsscheins einer eingetragenen als auch nicht eingetragenen Kommanditgesellschaft besteht, welcher der beiden Scheintatbestände näherliegt, wenn der Gläubiger sich nur einer Kommanditgesellschaft gegenübersieht und deren Gewerbe nicht kennt.
Für eine Lösung muß man davon ausgehen, daß der Hintergrund des Problems, welcher Rechtsschein gesetzt wurde, der Umfang des zu schützenden Vertrauens des Gläubigers und die daraus folgende Anwendung des § 176 I HGB auf den Soll-Kommanditisten ist.
Der BGH hat den Rechtsschein einer eingetragenen Kommanditgesellschaft angenommen. Dies ist nach seinen eigenen Anschauungen nicht folgerichtig.
Der BGH[388] geht nämlich bei seinen Über-

---

res hätte vermeiden können. Die Soll-Kommanditisten, die als Kommanditgesellschaft auftreten, wissen, daß sie nicht Kommanditgesellschaft sind. Sie tragen deshalb das Risiko, daß ein Dritter darauf vertraut, sie seien Kommanditgesellschaft mit allen Folgen, die sich aus der Eigenschaft als Kommanditgesellschaft ergeben. Da die Soll-Kommanditisten nicht eindeutig als eingetragene Kommanditgesellschaft aufgetreten sind, geht diese Unsicherheit bezüglich des Rechtsscheins nach der Verteilung des Irreführungsrisikos zu ihren Lasten.

388) BGHZ 61, 59 (66)

legungen davon aus, daß die Eintragung von Gesellschaft und Gesellschaftern parallel erfolgt.
Die Anwendung des § 176 I HGB auf den Soll-Kommanditisten im Rahmen einer Rechtsscheinshaftung wäre aber unter Zugrundelegung der Auffassung des BGH bezüglich der gleichzeitigen Eintragung von Gesellschaft und Gesellschafter nicht möglich, wenn der Gläubiger von der Eintragung der Gesellschaft ausgegangen sein sollte. Dann würde schon nach seiner Vorstellung auch unter Zugrundelegung von Rechtsscheinsgesichtspunkten eine Anwendung von § 176 I HGB ausscheiden, weil es eine unbeschränkte Haftung von eingetragenen Kommanditisten nicht gibt. Das Problem einer Anwendung von § 176 I HGB auf den Soll-Kommanditisten stellt sich somit nur, solange der Gläubiger nicht von einer Eintragung der Kommanditgesellschaft und damit nach dem BGH auch des Kommanditisten ausgegangen ist.

Eine Gesellschaft, die nicht eingetragen ist, kann aber nur Kommanditgesellschaft werden, wenn sie ein Grundhandelsgewerbe betreibt. Für den BGH hätte es gerade bei seiner Auffassung von der parallelen Eintragung der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter näherliegen müssen, beim Auftreten einer BGB-Gesellschaft als Kommanditgesellschaft vom Rechtsschein einer Kommanditgesellschaft nach § 1 HGB mit Grundhandelsgewerbe auszugehen.

Die Annahme einer Kommanditgesellschaft mit Grundhandelsgewerbe ist aber dann nicht

zwingend, wenn man die Prämisse des BGH von der gleichzeitigen Eintragung der Kommanditgesellschaft und ihrer Kommanditisten nicht teilt. Dann ist es für die Anwendbarkeit des § 176 I HGB unerheblich, was sich der Gläubiger bezüglich der Eintragung der Gesellschaft gedacht hat, weil eine Haftung des Gesellschafters auch bei Eintragung der Gesellschaft möglich bliebe. Die Annahme eines Rechtsscheins einer Kommanditgesellschaft mit Grundhandelsgewerbe ist darüberhinaus ausgeschlossen, wenn der Gläubiger, wie sicher in der Praxis häufig, weiß, welches Gewerbe die Gesellschaft betreibt.

Es ist deshalb zu untersuchen, ob die Annahme des Rechtsscheins einer eingetragenen Kommanditgesellschaft nach § 2 HGB überhaupt die Anwendbarkeit des § 176 I HGB ausschließt und damit zu anderen Ergebnissen führt als die Annahme des Rechtsscheins einer Kommanditgesellschaft mit Grundhandelsgewerbe nach § 1 HGB. Das ist gerade nicht der Fall.

Nach allgemeiner Auffassung ist nämlich die unbeschränkte Haftung eines Kommanditisten nach § 176 I HGB erst mit seiner Eintragung im Handelsregister ausgeschlossen.[389] Daraus folgt, daß das Auftreten als Kommanditgesellschaft bei Kenntnis des Gläubigers vom Nichtgrundhandelsgewerbe zwar darauf zielt, eine eingetragene Kommanditgesellschaft liege vor. Bezüglich der für den Ausschluß der Haftung nötigen Eintragung des einzelnen Kommanditisten gibt das Auf-

389) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 4; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 176 Rdn. 3

treten als Kommanditgesellschaft keinen Hinweis,[390] denn dadurch wird nicht der Rechtsschein gesetzt, als wären auch alle Kommanditisten eingetragen. Denn auch bei Eintragung einer Kommandigesellschaft kommt es in der Praxis vor, daß die Eintragung eines oder mehrerer Kommanditisten vergessen wird. Eine Rechtsscheinshaftung der Gesellschafter einer als Kommanditgesellschaft auftretenden Soll-Kommanditgesellschaft bleibt deshalb möglich. Dabei wäre jedoch in Anlehnung an die Auslegung des § 176 HGB bei der Kommanditgesellschaft mit Grundhandelsgewerbe eine Einschränkung geboten.[391] Da die Gesellschaft als Kommanditgesellschaft aufgetreten ist, weiß der Gläubiger, daß jedenfalls nicht alle Gesellschafter unbeschränkt haften. Ein relevanter Rechtsscheinstatbestand kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn der Gläubiger weiß, daß eine bestimmte Person Gesellschafter ist, aber nicht weiß, welche haftungsrechtliche Stellung sie hat.

Gegen eine Anwendung des § 176 HGB auf die Soll-Kommanditisten wird weiter eingewandt, daß der Dritte bei Vertragsschluß mit einer Kommanditgesellschaft selten tatsächlich auf den Ausnahmefall einer unbeschränkten Haftung nach § 176 I HGB vertraut haben wird.[392] Deshalb könne eine unbeschränkte Haftung des Gesellschafters

---

390) Überzeugend Fischer, NJW 1973, 2188 (2189); ihm zustimmend Westermann Rdn. 835; Rinz S. 36f; Weismann, JuS 1985, 390 (394)

391) Siehe oben S. 99ff

392) So Vigener S. 77; ähnlich BGHZ 61, 59 (67)

aus Rechtsschein gemäß § 176 I HGB nicht angenommen werden, selbst wenn eine Soll-Kommanditgesellschaft als eingetragene Kommanditgesellschaft aufgetreten sei und der Gläubiger die Mitgliedschaft des Gesellschafters gekannt habe.

Auch diese Bedenken sind jedoch nicht durchgreifend. Die Rechtsscheinslehre unterliegt als Entwicklung der Rechtslehre juristischen Wertungen und knüpft nicht nur an tatsächliches Vertrauen an, sondern daran, inwieweit der Dritte aus der Sicht eines objektiven Beobachters vertrauen durfte.[393] Anders ließe sich die Lehre von der Scheingesellschaft[394] kaum begründen.
Wer mit einer Personengemeinschaft zu tun hat, die als OHG auftritt, darf darauf vertrauen, sie sei OHG und die gesetzlichen Regelungen für die OHG würden zu seinen Gunsten auch für sie gelten.[395]
Es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er das Recht der OHG genau kenne und deshalb im Vertrauen auf eine ganz bestimmte dort geregelte Rechtsfolge handelte.

---

393) Teichmann/Schick, JuS 1975, 18 (22)

394) Vergl. dazu G. Hueck, GR § 5 I 1

395) Zur Schein-OHG A. Hueck, OHG § 5 III; a. A. Axer S. 213, der eine Anwendung des Normenkomplexes der Scheingesellschaft verneint, weil nach allgemeiner Meinung im Innenverkehr das materiell richtige Recht Anwendung findet. Darauf kommt es jedoch m. E. nicht an. Entscheidend ist vielmehr die Anwendung des Rechts, das für die Scheingesellschaft gelten würde zu Gunsten des Dritten im Außenverhältnis.

Daraus folgt:
Wer mit einer als Kommanditgesellschaft auftretenden Gesellschaft in Kontakt kommt, darf darauf vertrauen, daß sie Kommanditgesellschaft ist und die Regelungen des Kommanditgesellschaftsrechts zu seinen Gunsten für sie gelten.
Es ist dagegen unnötig, daß er im konkreten Fall gerade auf die Anwendung des § 176 HGB vertraut hat.
Das bedeutet für den vorliegenden Fall:
Die als Kommanditgesellschaft auftretende Soll-Kommanditgesellschaft kann nach den jeweiligen Umständen den Rechtsschein einer eingetragenen Kommanditgesellschaft nach § 2 HGB (etwa, wenn der Gläubiger weiß, daß kein Grundhandelsgwerbe betrieben wird und die Gesellschaft trotzdem als Kommanditgesellschaft auftritt[396]) oder den einer nicht eingetragenen Kommanditgesellschaft nach § 1 HGB gesetzt haben.
Für eine Anwendung des § 176 HGB kommt es nicht auf die Art des Rechtsscheins an, weil auch der Rechtsschein einer eingetragenen Kommanditgesellschaft die Anwendung von § 176 I HGB ermöglicht. Der Rechtsschein ist den Gesellschaftern in beiden Fällen zuzurechnen, weil sie der Geschäftsaufnahme der Gesellschaft vor Eintragung zugestimmt haben.
Die als Kommanditisten vorgesehenen Gesellschafter sind im Handelsregister nicht eingetragen. Sie haben auch keinen Rechtsschein gesetzt, der darauf schließen läßt, sie wären eingetragen, weil, selbst wenn man von einer Eintragung der Gesellschaft

---

396) Vergl. oben S.145

ausgeht, dies nicht die Eintragung der Gesellschafter bedingt, weil deren Eintragung vergessen worden sein kann.
Die Soll-Kommanditisten haften deshalb wie die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft, bei der die Kommanditisten noch nicht eingetragen sind. Diese haften, wenn der Gläubiger die Tatsache ihrer Mitgliedschaft kennt,[397] nach § 176 I HGB unbeschränkt. Gleiches gilt deshalb auch für die Soll-Kommanditisten.[398] Sie haften nach § 176 I HGB auch unbeschränkt, wenn der Gläubiger weiß, daß sie Gesellschafter sind.[399]

Diese Lösung führt zu einer Gleichbehandlung der Kommanditgesellschaft mit und ohne Grundhandelsgewerbe vor Eintragung. Sie vermeidet daher das zu Recht vorgetragene Bedenken, die unzulässige Führung einer Firma bei der Soll-Kommanditgesellschaft dürfe haftungsmäßig nicht besser stellen

---

397) Dazu oben S. 99ff

398) Im Ergebnis so Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn. 5. Dort wird jedoch nur darauf abgestellt, daß die Schein-Kommanditgesellschaft vorgibt Kommanditgesellschaft zu sein und die Kommanditisten nicht eingetragen seien. Hielte man die Soll-Kommanditisten an diesem Schein fest, müßten sie nach § 176 HGB haften.

399) Diese Einschränkung ist nötig, weil sonst die Haftung der Soll-Kommanditisten weiter ginge, als die Haftung normaler Kommanditisten. Diese haften, wie oben S.100 ausgeführt, beim Auftreten einer Kommanditgesellschaft nur bei Kenntnis des Gläubigers von ihrer Mitgliedschaft unbeschränkt.

als die zulässige Führung der Firma bei der Kommanditgesellschaft.[400]
Auch der Fall einer als Kommanditgesellschaft auftretenden BGB-Gesellschaft mit minderkaufmännischem Gewerbe nach § 4 II HGB läßt sich so schlüssig lösen. Es wäre kaum einleuchtend anzunehmen, das minderkaufmännische Unternehmen habe den Rechtsschein einer eingetragenen Kommanditgesellschaft gesetzt, obwohl es nicht einmal durch Eintragung Kommanditgesellschaft werden könnte und deshalb zu Recht nicht eingetragen ist. Diese Konstruktion wäre aber zur Abstimmung mit der Lösung des BGH zur Soll-Kommanditgesellschaft nötig.[401]

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten:
Gesellschafter einer Soll-Kommanditgesellschaft haften aus veranlaßtem Rechtsschein unbeschränkt nach § 176 I HGB, wenn den Gläubigern ihre Gesellschafterstellung bekannt war.

F) Haftungsumfang des § 176

Eine weitere Frage bei § 176 HGB ist, ob der Haftunggrund der Norm gebietet, daß der Kommanditist für alle Gesellschaftsschulden einzustehen hat oder nur für rechtsgeschäftliche.

---

400) Beyerle, BB 1975, 944 (945)
401) Schmidt, JZ 1974, 219 (220)

1) Haftung für alle Gesellschaftsschulden

Die Haftung für alle Gesellschaftsschulden wird damit begründet, der Wortlaut des § 176 HGB gebe für eine Unterscheidung nichts her,[402] die Rechtssicherheit fordere vielmehr eine Gleichbehandlung.[403] Schließlich verlange es auch die von § 176 HGB zumindest auch beabsichtigte Druckfunktion, nicht nach dem Entstehungsgrund der Verbindlichkeit zu unterscheiden.[404]

2) Haftung nur für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten

Die Gegenansicht der Haftungsbeschränkung auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten beruft sich darauf, daß nur in diesem Bereich ein Vertrauen des Gläubigers auf die unbeschränkte Haftung überhaupt relevant sein könne und sich nur für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten der Ausschluß der Haftung bei Kenntnis des Gläubigers von der Kommanditistenstellung vernünftig er-

---

402) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 12; Barella, DB 1952, 465

403) Schilling in GK HGB 3. Aufl. § 176 Anm. 12; wohl auch BSG, MDR 1976, 259 und 962

404) Westermann Rdn. 912; Kornblum S. 250; Barella, DB 1952, 465; Spies S.11; nur im Ergebnis für Anwendung auf alle Verbindlichkeiten Crezelius, BB 1983, 5 (11); Knobbe-Keuk, FS für Stimpel, 187 (200), als Folge ihrer Interpretation des § 176 als Regelhaftung.

klären lasse.[405]

Bei genauer Betrachtung erweist sich diese Meinungsverschiedenheit als Fortsetzung des Streits um die Rechtsnatur des § 176 HGB im Bereich des Haftungsumfangs.[406] Deshalb wäre es folgerichtig, eine Haftung des Kommanditisten in Anlehnung an die oben gefundenen Ergebnisse auf rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten zu beschränken. Dies ist jedoch nicht zwingend.

3) Vertrauensmöglichkeit als Grundlage für die Anwendung des § 176

Auszugehen ist allerdings von dem oben gefundenen Normzweck des § 176 HGB als Ver-

---

405) BGH, NJW 1982, 883 (885); LG Osnabrück, Nieders. Rpfleger 1959, 274f; Priester, BB 1980, 911 (914); Neumann-Duesberg, DB 1965, 769 (771); Binz S. 21; Vigener S. 86 ff

406) Aus dem Rahmen fällt nur Emmel, S. 119 ff, der trotz des von ihm angenommenen Verkehrsschutzzwecks des § 176 alle Verbindlichkeiten einbeziehen will. Seine Ausführungen überzeugen nicht, zumal Emmel nicht zwischen Verkehrsschutz und Vertrauensschutz unterscheidet (S.49). Emmel beruft sich zur Begründung nur darauf, daß das Verkehrsschutzinteresse eine Gleichstellung aller Verbindlichkeiten fordere, weil der Gläubiger keine andere Möglichkeit der Information als durch die Eintragung im Handelsregister habe. Verkehrsschutz ist aber nur da möglich und nötig, wo ein Verkehr mit der Gesellschaft stattfindet oder stattfinden soll. Dies ist grundsätzlich nur im rechtsgeschäftlichen Bereich gegeben, denn im Vertrauen auf das Handelsregister wird niemand Opfer einer unerlaubten Handlung.

trauensschutzvorschrift. Im Regelfall besteht die Möglichkeit schützenswerten Vertrauens des Dritten nur im Bereich rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit der Gesellschaft. Insoweit ist § 176 HGB uneingeschränkt anwendbar. Es ist aber zu Recht darauf hingewiesen worden, daß auch im Bereich gesetzlicher Schuldverhältnisse zumindest die Möglichkeit eines schützenswerten Vertrauens des Dritten besteht.[407]

Man wird deshalb differenzieren müssen. Der Bereich rechtsgeschäftlicher Verbindlichkeiten stellt den Anwendungsbereich des § 176 HGB in der Regel dar. Der Normzweck umfassenden Vertrauensschutzes gebietet es jedoch, auch gesetzliche Schuldverhältnisse in die unbeschränkte Haftung einzubeziehen, wenn im Einzelfall die Möglichkeit eines relevanten Vertrauenstatbestandes beim Dritten bestand.
Dies wird besonders oft der Fall sein bei Ansprüchen aus culpa in contrahendo, Leistungskondiktion oder auch unerlaubter Handlung, z.B. wegen Betruges bei Vertragsabwicklung, weil in diesen Fällen gerade die Tatsache des geschäftlichen Verkehrs mit der Gesellschaft die Möglichkeit zur Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses gegeben hat.[408]

---

407) Spies S. 12; Binz S. 21; Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn.36; das meint wohl auch Emmel S, 109 ff

408) Zur ähnlichen Auslegung bei § 15 HGB vergl: Würdinger in GK HGB 3. Aufl. § 15 Anm. 2; Schlegelberger (Hildebrandt) § 15 Rdn. 13, Baumbach § 15, 2 E

Entscheidend für eine Anwendung des § 176 HGB ist also, ob die gegen die Gesellschaft geltend gemachte Forderung ihren Ursprung im geschäftlichen Verkehr mit der Gesellschaft hat. Das ist zum Beispiel dann nicht gegeben, wenn ein Dritter von einem Kraftfahrzeug der Kommanditgesellschaft angefahren wird. Dann haftet der nicht eingetragene Kommanditist gegenüber dem verletzten Dritten nicht unbeschränkt nach § 176 HGB. Eine relevante Vertrauensmöglichkeit des Verletzten auf eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten hat bei dem Unfall nämlich keine Rolle gespielt.
Will ein Dritter wegen einer nicht rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeit einen nicht eingetragenen Kommanditisten unbeschränkt in Anspruch nehmen, muß er somit darlegen, daß bei Entstehung seiner Forderung die Möglichkeit relevanten Vertrauens bestand. Dazu ist es nötig, daß er geltend macht, sein Anspruch aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis habe seinen Ursprung im Geschäftsverkehr mit der Gesellschaft. Dann ist § 176 HGB gemäß seinem Vertrauensschutzcharakter uneingeschränkt anwendbar.

4) Rechtsgeschäftliche Handlung nach Entstehung einer gesetzlichen Verbindlichkeit

Ein zusätzliches Problem stellen rechtsgeschäftliche Handlungen in Bezug auf eine gesetzliche Verbindlichkeit dar, bei deren Entstehung die Möglichkeit relevanten Ver-

trauens des Gläubigers nicht bestand.[409] So kann etwa der durch einen Verkehrsunfall Geschädigte seine gesetzliche Verbindlichkeit später stunden.
Für diese Fallgestaltung möchte Priester[410] § 176 I HGB anwenden, weil die Gläubigerstellung durch rechtsgeschäftliches Handeln, bei dem Vertrauen grundsätzlich möglich ist, mitbestimmt sei.

Diese Auffassung geht zu weit und beachtet das Interesse des Kommanditisten nach beschränkter Haftung nicht genügend. Entscheidender Anknüpfungspunkt ist, daß bei Entstehung der gesetzlichen Verbindlichkeit kein Vertrauen vorliegen und deshalb § 176 I HGB keine Anwendung finden konnte.[411] Nimmt der Gläubiger später ein Rechtsgeschäft in Bezug auf diese Forderung vor, ist theoretisch ein Vertrauen auf die unbeschränkte Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten möglich. Das kann jedoch nicht dazu führen, daß er nun für die ganze Forderung unbeschränkt haftet. Dies würde zu einer unzumutbaren Belastung des Kommanditisten und zu einer unvertretbaren Besserstellung des Gläubigers in dem Fall führen, daß die Forderung schon zum Zeitpunkt der Stundung gegenüber den damaligen Schuldnern (Kommanditgesellschaft und Komplementäre) uneinbringlich war.

---

409) BSG, MDR 1976, 259, Priester, BB 1980, 911 (914)
410) BB 1980, 911 (914)
411) Darauf stellt entscheidend ab Schlegelberger (Schmidt) § 176 Rdn. 36 und verneint deshalb für diesen Fall jegliche Anwendung von § 176 HGB.

Eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten nach § 176 HGB in diesem Fall ist deshalb nur soweit vertretbar, als sich die Stellung des Gläubigers durch die rechtsgeschäftliche Handlung verschlechtert hat. Für diesen Ausfall haftet der nicht eingetragene Kommanditist unbeschränkt nach § 176 I HGB.

G) § 176 II und die Rechtsnachfolge in Kommanditanteile

Eine in neuerer Zeit vermehrt geführte Diskussion betrifft die Frage, ob § 176 II HGB auf einen Kommanditisten vor Eintragung anzuwenden sei, der seinen Gesellschaftsanteil im Wege der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge erworben habe.
Eine dieser Fallgestaltungen hat dem BGH erst kürzlich in der oben [412)] erwähnten Entscheidung vorgelegen. Dabei handelte es sich um einen Folgeprozeß zu der Entscheidung in BGHZ 81, 82 ff, deren Sachverhalt schon oben [413)] vereinfacht dargestellt wurde. Tatsächlich war der Fall jedoch deshalb komplizierter, weil nach der Abtretung des Kommanditanteils von A an N nicht nur der Nachfolgevermerk nicht eingetragen worden war, sondern auch das Ausscheiden des A und der Eintritt des N im Handelsregister nicht vermerkt wurden.

Der BGH bejahte eine Anwendung des § 176 II HGB auf den Neukommanditisten für diesen Fall der Einzelrechtsnachfolge [414)] ebenso,

412) BGH, NJW 1983, 2258f; vergl. dazu oben S. 1

413) Oben S. 1

414) BGH, NJW 1983, 2258 (2259); zustimmend Baumbach § 176, 3 B

wie er es schon vorher für einen Fall der Gesamtrechtsnachfolge [415] getan hatte. Unterschiede bestehen nur darin, daß er dem Erben eine Schonfrist zur Herbeiführung der Eintragung zugebilligt hat. [416] Nur für den Fall, daß der Rechtsnachfolger schon vorher Gesellschafter war, will der BGH § 176 II HGB nicht anwenden. [417]
Die Anwendung von § 176 II HGB auf die Rechtsnachfolge begründet der BGH mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die keine Unterscheidung zwischen Beitritt und Rechtsnachfolge zulasse und eine beschränkte Haftung generell von der Eintragung abhängig machen wolle. [418]

Eine Gegenansicht [419] will § 176 II HGB nie auf den Fall der Rechtsnachfolge an-

---

415) BGHZ 66, 98 (100); BGH. NJW 1983, 2258 (2259); zustimmend für die Beerbung eines Komplementärs: Baumbach § 176, 3 B; Schilling, ZGR 1978, 173 (174); Westermann Rdn. 493; sogar für Beerbung eines Kommanditisten: Düringer (Flechtheim) § 177 Anm. 4; dagegen Westermann Rdn. 932; Schlegelberger (Geßler) 4. Aufl. § 177 Anm. 5

416) Angedeutet in BGHZ 66, 98 (100f); bestätigt BGH, NJW 1983, 2258 (2259); ebenso Baumbach § 176, 3 B; Westermann Rdn. 493

417) BGHZ 66, 98 (101); ebenso Westermann Rdn. 493; Schilling, ZGR 1978, 173 (174)

418) BGH, NJW 1983, 2258 (2259)

419) Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 ff; ders., GmbHRdsch 1981, 253 (258); Donner, DNotZ 1943, 288 (294); Huber, ZGR 1984, 146 (160ff); Crezelius, BB 1983, 5 (12); Siegmund/van Venrooy Rdn. 338; Hopt/Hehl Rdn. 802; Knobbe-Keuk, FS für Stimpel, 187 (191 Fußn. 27 a)

wenden, weil es an einen Beitritt im Sinne des § 176 II HGB fehle. Eine Anwendung des § 176 II HGB sei weder mit dem Wortlaut noch mit dem Schutzzweck der Vorschrift vereinbar.[420] Zur Zeit der Entstehung des Gesetzes sei eine Übertragung der Mitgliedschaft im Wege der Einzelrechtsnachfolge unbekannt gewesen, so daß der Gesetzgeber diesen Fall in § 176 II HGB gar nicht habe regeln wollen.[421] Es widerspreche dem Wesen der Rechtsnachfolge, wenn der Nachfolger anders hafte als sein Rechtsvorgänger.[422]
Auch der BGH habe durch die Einräumung der Schonfrist im Erbfall selbst erkannt, daß § 176 II HGB auf die Gesamtrechtsnachfolge nicht passe.[423] Da aber Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge gleich zu behandeln seien, solle eine Anwendung des § 176 II HGB auf die Rechtsnachfolge ganz unterbleiben.[424]

1) § 176 II und die Erbschaft eines Gesellschaftsanteils

Beide Auffassungen überzeugen in der vorgetragenen Form nicht.
Die Einführung einer Schonfrist durch den BGH zeigt dessen Erkenntnis, daß § 176 II

---

420) Schmidt, NJW 1983, 2260
421) Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 (200); Crezelius, BB 1983, 5 (12)
422) Huber, ZGR 1984, 146 (163); Crezelius, BB 1983, 5 (12)
423) Huber, ZGR 1984, 146 (161)
424) Donner, DNotZ 1943, 288 (294); Huber, ZGR 1984, 146 (161); Eckert, JuS 1986, 122 (127)

HGB auf den Fall des Erbens eines Gesellschaftsanteils nicht völlig paßt.
Diese Lücke zwischen dem Gesetz und dem zu regelnden Sachverhalt durch die Einführung einer vom Gesetz nicht vorgesehenen und nicht gedeckten Schonfrist zu schließen, ist rechtlich zweifelhaft [425] und unnötig.

§ 176 II HGB ist auf den Fall des Erwerbs eines Gesellschaftsanteils durch Erbschaft überhaupt nicht anzuwenden.
Wie oben ausgeführt, [426] ergibt sich die Legitimation der unbeschränkten Haftung und die dadurch geschaffene Zurechenbarkeit des Rechtsscheins in § 176 II HGB durch den freiwilligen Beitritt zu einer unternehmerisch tätigen Gesellschaft. Daran fehlt es aber bei Erwerb der Gesellschafterstellung kraft Erbgangs. Der neue Gesellschafter ist gerade nicht freiwillig Gesellschafter geworden, sondern kraft Gesetzes und der Nachfolgeklausel in einem Gesellschaftsvertrag, an dessen Entstehung er nicht mitgewirkt hat. [427]
Es fehlt somit an einer Legitimation der Haftung durch eine der Zustimmung zur Geschäftsaufnahme in Absatz 1 oder dem freiwilligen Beitritt in Absatz 2 des § 176 HGB vergleichbare Handlung.

---

425) Ähnlich Eckert, JuS 1986, 122 (127)

426) S. 119ff

427) Ähnlicher Ansatz bei Schilling, ZGR 1978, 173 (175), der allerdings diesen Gedanken nicht konsequent fortführt.

Diese kann auch nicht in der freiwillig erfolgten Nichtausschlagung der Erbschaft gesehen werden. Anders als beim freiwilligen Beitritt zur Gesellschaft, bei dem es für den Beitretenden nur um seine Stellung als Gesellschafter geht, würde eine Ausschlagung der Erbschaft nicht nur die Stellung des Erben als Gesellschafter berühren, sondern seine ganze Stellung als Erbe betreffen, weil es eine beschränkte Ausschlagung nicht gibt.[428] Eine so weitgehende Konsequenz zur Vermeidung der Haftung aus § 176 II HGB ist dem Erben nicht zumutbar.

Da es somit an einer der Zustimmung zur Geschäftsaufnahme oder dem freiwilligen Beitritt vergleichbaren Legitimation der unbeschränkten Haftung fehlt, muß eine Anwendung der Rechtsscheinsschutzvorschrift[429] des § 176 II HGB auf den Fall der Erbschaft eines Gesellschaftsanteils mangels zurechenbaren[430] Rechtsscheins ausscheiden.

2) § 176 II und die Einzelrechtsnachfolge

Damit ist jedoch nichts gesagt über die Anwendbarkeit des § 176 II HGB auf den Fall der Einzelrechtsnachfolge, ob also in unserem Beispiel N wegen Erwerbs seines Kommanditanteils durch Rechtsnachfolge trotz fehlender Eintragung als Kommanditist

---

428) Dazu Brox, ER Rdn. 297

429) Zu dieser Auslegung von § 176 vergl. oben S. 93ff

430) Zur Zurechnung Canaris S. 473 ff

nicht nach § 176 II HGB haften muß. Es ist sicherlich richtig, daß die Fälle der Gesamt- und der Einzelrechtsnachfolge in Bezug auf ihre Wirkung bezüglich des Rechts, das übertragen wird, gleich zu behandeln sind. Darüber, ob Überlegungen außerhalb der Figur der Rechtsnachfolge eine Ungleichbehandlung von Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge begründen können, sagt die Tatsache einer bestehenden Rechtsnachfolge jedoch nichts aus.

Für eine Lösung ist deshalb von der ratio des § 176 HGB auszugehen. Deshalb kann eine Anwendung des § 176 II HGB nicht damit begründet werden, er wolle die beschränkte Haftung grundsätzlich von einer entsprechenden Eintragung abhängig machen.[431]

Wie oben dargelegt,[432] handelt es sich bei § 176 HGB um eine Vertrauensschutznorm zum Schutz des gutgläubigen Verkehrs. Es ist aber der Fall denkbar, daß ein Gläubiger erfahren hat, ein neuer Gesellschafter sei vorhanden,[433] aber nicht weiß, auf welche Weise er Gesellschafter geworden ist. Würde der Gläubiger bei dieser Konstellation das Handelsregister zu Rate ziehen, fände er bezüglich des ihm bekannten Gesellschafters keine Eintragung. Dann müßte der ratio des § 176 HGB entsprechend die Vorschrift anwendbar sein.

---

431) So aber BGH, NJW 1983, 2258 (2259) zur Ablehnung dieser Auffassung vergl. oben S. 87ff

432) Siehe oben S. 93ff

433) Zur Notwendigkeit der Kenntnis des Gläubigers vom Gesellschafter siehe oben S. 99ff

Entscheidend für die Anwendung ist nicht das Vorliegen der Rechtsnachfolge, sondern die damit nicht zusammenhängende Überlegung, daß der gutgläubige Dritte, der den Gesellschafter kennt, aus dem Handelsregister nicht den Haftungsumfang entnehmen kann. Die im Gegensatz zum Rechtsvorgänger unbeschränkte Haftung des Rechtsnachfolgers ergibt sich also nicht systemwidrig aus der Rechtsnachfolge als solcher, sondern aus Vertrauensschutzgesichtspunkten.

Deshalb geht auch der Hinweis von Huber fehl,[434] es stehe wegen der Eintragung des Rechtsvorgängers fest, daß dieser nur beschränkt hafte, deshalb seien Zweifel daran nicht möglich, daß der Rechtsnachfolger in gleicher Weise hafte. Die Zweifel ergeben sich daraus, daß der Dritte gerade nicht weiß, daß der neue Gesellschafter dies im Wege der Rechtsnachfolge geworden ist. Wäre ihm die Tatsache der Rechtsnachfolge bekannt, wäre § 176 HGB schon wegen Kenntnis des Gläubigers von der Kommanditistenstellung nicht anwendbar.

Da ferner die Einzelrechtsnachfolge aus einem freiwillig vom Erwerber abgeschlossenen Abtretungsvertrag resultiert, gibt es als entscheidenden Unterschied zur Erbschaft kein Problem mit der Zurechnung des Rechtsscheins im Rahmen des § 176 II HGB.

§ 176 II HGB ist deshalb auf den Erwerb eines Kommanditanteils im Wege der Einzel-

---

434) ZGR 1984, 146 (163)

rechtsnachfolge anwendbar, wenn der Gläubiger weiß, daß der Erwerber Gesellschafter geworden ist. Eine Haftung ist nur zu vermeiden, indem die Anteilsübertragung aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der Eintragung vorgenommen wird.[435] Wirtschaftliche Gründe, die eine vorherige Wirksamkeit für die Parteien gebieten, können die Anwendung des § 176 II HGB nicht ausschließen.[436]

3) Erwerb durch Mitgesellschafter

Der Erwerb eines Gesellschaftsanteils im Wege der Rechtsnachfolge durch einen Mitgesellschafter wird zu Recht nicht als Unterfall des § 176 II HGB angesehen.[437] Von einem Eintritt in die Gesellschaft kann schon deshalb nicht gesprochen werden, weil der Erwerber schon Gesellschafter ist und sich folglich durch den Erwerb nur sein schon bestehendes Mitgliedschaftsrecht ändert.[438]

Auch Rechtsscheinsgesichtspunkte gebieten keine Anwendung des § 176 II HGB. Prüft ein Gläubiger das Handelsregister, so findet er in Bezug auf den betroffenen Kommanditisten

---

435) Dazu Schmidt, NJW 1983, 2260

436) Das verlangt aber wohl Schmidt, NJW 1983, 2260

437) BGHZ 66, 98 (101); Schilling, ZGR 1978, 173 (174); Westermann Rdn. 493; instruktiv zum ähnlich gelagerten Fall der Umwandlung der Stellung eines Komplementärs in die eines Kommanditisten, Mayer-Maly, FS für Westermann, 369 ff besonders S. 379

438) BGHZ 66, 99 (101)

eine bestimmte Haftsumme eingetragen, so daß insofern für Vertrauensschutz kein Raum bleibt. Dafür, daß seine Stellung durch die Rechtsnachfolge gegenüber der im Handelsregister ausgewiesenen Sachlage nicht verschlechtert wird, sorgt § 15 I HGB.[439] Das führt dazu, daß bei Einzelrechtsnachfolge der Abtretende sich gemäß § 15 I HGB nicht auf sein Ausscheiden berufen kann, solange dies nicht eingetragen ist, und daß bei Gesamtrechtsnachfolge der Erbe gemäß §§ 128, 15 I HGB als Erbe zumindest weiter so haftet wie der Erblasser, solange der Erbfall nicht eingetragen ist. Ein Vertrauen des Gläubigers auf eine Erhöhung der eingetragenen Haftsumme des erwerbenden Kommanditisten ohne Änderung der Eintragung dagegen wird, wie § 172 II HGB zeigt, im Regelfall nicht geschützt.[440]

H) Analoge Anwendung von § 176 auf die Firmenänderung

1) Auffassung des BAG

Eine neue Fallgestaltung im Rahmen des § 176 HGB hat 1979 dem Bundesarbeitsgericht vorgelegen.[441] Dem lag vereinfacht folgender Sachverhalt zugrunde:
K ist einziger Kommanditist einer GmbH & Co. KG mit der Firma A und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Er ändert die Firma

---

439) Dazu BGHZ 66, 99 (102); Schilling, ZGR 1978, 173 (176)

440) Richtig BGHZ 66, 99 (102)

441) BAG vom 24. 8. 1979, BB 1980, 383 f

der GmbH & Co. KG von A GmbH & Co. KG in B GmbH & Co. KG. Diese Änderung wird im Handelsregister nicht eingetragen. Die Gesellschaft tritt als B GmbH & Co. KG auf. In der Entscheidung ging es um die Frage, ob § 176 HGB analog anwendbar sei auf den Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft, deren Firma geändert worden war und die unter dieser neuen Firma aufgetreten war, bevor die Firmenänderung im Handelsregister eingetragen worden war. Das Bundesarbeitsgericht hat eine analoge Anwendung des § 176 HGB bejaht und den Kommanditisten unbeschränkt haften lassen.[442]

Dieses Ergebnis überrascht auf den ersten Blick, handelt es sich doch bei dieser Konstellation um eine Kommanditgesellschaft, die selbst und bei der auch der Kommanditist eingetragen war. Damit scheinen die Voraussetzungen des § 176 I HGB nicht vorzuliegen, weil die Firmenänderung weder das Bestehen der Kommanditgesellschaft noch die Stellung des Kommanditisten berührt. Sieht man § 176 I HGB als Strafvorschrift für die Nichtvornahme der Eintragung an[443] oder meint, die Eintragung des Kommanditisten begründe eine Ausnahme von der unbeschränkten Regelhaftung in der Personenhandelsgesellschaft,[444] würde sich wohl als Konsequenz der Eintragung der

---

442) BB 1980, 383 f

443) RGZ 128, 172 (181); OLG Frankfurt, BB 1972, 333; Kornblum S. 250

444) Flume, PG S. 333; Crezelius, BB 1983, 5 (9); Knobbe-Keuk, FS für Stimpel, 187 ff

Gesellschaft und des Kommanditisten die Nichtanwendung des § 176 I HGB auf den Fall der nicht eingetragenen Firmenänderung ergeben.
Vorliegend wird jedoch eine andere ratio des § 176 HGB für richtig gehalten.[445] Es ist deshalb zu untersuchen, ob § 176 I HGB unter Zugrundelegung seines Vertrauensschutzcharakters auf den Fall der nicht eingetragenen Firmenänderung analog angewendet werden kann.

2) Voraussetzung einer Analogie

Voraussetzung einer jeden Analogie ist die Lückenhaftigkeit des Gesetzes und die Interessenidentität des ungeregelten Sachverhaltes mit dem von der Norm erfaßten.[446]
Eine gesetzliche Regelung ist lückenhaft, wenn das Gesetz auf eine bestimmte Rechtsfrage keine Antwort gibt und der Gesetzgeber dieses Schweigen nicht beabsichtigt hatte.[447]

Ob und wie ein eingetragener Kommanditist bei Firmenänderung vor deren Eintragung zu haften hat, ist im Recht der Kommanditgesellschaft nicht geregelt. Die Grundlagen zu § 176 HGB lassen nicht erkennen, daß der Gesetzgeber die Frage gesehen und bewußt nicht geregelt hat. Es ist deshalb vom Vor-

---

445) Siehe oben S. 93ff

446 Vergl. dazu ausführlich: Larenz, ML Kap. 5, 2 a und b; Bydlinsky S. 472 ff

447) Larenz, ML S. 354 ff

liegen einer Regelungslücke auszugehen. Fraglich ist, ob die ratio des § 176 HGB auch den Fall der nicht eingetragenen Firmenänderung abdeckt.

3) Vergleichbarkeit der Stellung des Dritten

Wie oben dargelegt, ist § 176 HGB eine Vertrauensschutznorm zum Schutz des gutgläubigen Verkehrs.[448] Wer mit einer Personenhandelsgesellschaft in Kontakt kommt, soll erkennen können, für wen in welcher Höhe die Haftung beschränkt ist. Diese Informationsmöglichkeit will das Gesetz durch das Handelsregister schaffen. Der Geschäftspartner soll darauf vertrauen können, daß der ihm bekannte Gesellschafter unbeschränkt haftet, es sei denn, es könnte sich aus einer Prüfung des Handelsregisters die beschränkte Haftung dieses Gesellschafters ergeben.[449]

Eine vergleichbare Situation entsteht im Fall der nicht eingetragenen Firmenänderung. Ist die Gesellschaft schon unter ihrer neuen Firma aufgetreten und würde der Geschäftspartner das Handelsregister prüfen, so fände er eine Eintragung der Haftungsbeschränkung für Kommanditisten einer Gesellschaft mit dieser Firma genausowenig, als wäre die Gesellschaft als solche noch gar nicht eingetragen. Die Vergleichbarkeit der mangelnden Informations-

448) S. 93ff

449) Siehe oben S. 93f

möglichkeit durch das Handelsregister bei der nicht eingetragenen Kommanditgesellschaft und bei der nicht eingetragenen Firmenänderung hat dazu geführt, eine analoge Anwendung von § 176 I HGB auf die nicht eingetragenen Firmenänderung zu bejahen.[450]

4) Fehlende Vergleichbarkeit der Stellung des betroffenen Kommanditisten

Dieser Aspekt ist jedoch noch nicht ausreichend, um eine analoge Anwendung des § 176 I HGB zu begründen. In § 176 I HGB kommt eine Haftung des nicht eingetragenen Kommanditisten nur in Frage, wenn dieser dem Geschäftsbeginn vor Eintragung zugestimmt hat. Dieses Merkmal ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil es die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins begründet.[451] Bei § 176 II HGB ist für die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins nach richtiger Ansicht[452] der Beitritt zur unternehmerisch tätigen Gesellschaft das entscheidende Kriterium.
Der Rechtsschein kann in diesen beiden Fällen deshalb unproblematisch zugerechnet werden, weil die Zustimmung zur Geschäftsaufnahme und der Beitritt zu einer Gesellschaft stets freiwillig im Rechtssinne

---

450) BAG, BB 1980, 383f; ausführlich Priester, BB 1980, 911 (914ff)

451) Priester, BB 1980, 911 (915); Binz S. 20; allgemein zur Zurechnung Canaris S. 473 ff

452) BGH, NJW 1982, 883 (884); Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 (195)

erfolgen. Wirtschaftliche Gesichtspunkte können zwar einen tatsächlichen Zwang zur Aufnahme des Geschäftsbetriebes oder zum vollwirksamen Eintritt vor Eintragung ausüben, ein rechtlicher Zwang zur Geschäftsaufnahme oder zum vollwirksamen Beitritt vor Eintragung aber ist in keinem Fall ersichtlich.

Eine gleichbedeutende Zurechnungsfunktion wie die Zustimmung zur Geschäftsaufnahme oder der freiwillige Beitritt zur unternehmerisch tätigen Gesellschaft kann bei Änderung der Firma nur in der Zustimmung zu dieser Änderung gesehen werden,[453] weil eine werbende Gesellschaft wegen der Firmenänderung den Geschäftsbetrieb bis zur Eintragung nicht einstellen kann und deshalb eine eventuelle Zustimmung zur Geschäftsfortführung trotz Firmenänderung als Anknüpfungspunkt ausscheidet.[454]
Eine analoge Anwendung des § 176 I HGB wäre deshalb dann statthaft, wenn der Fall der Firmenänderung mit Zustimmung des Kommanditisten dem Fall der Geschäftsaufnahme mit Zustimmung des Kommanditisten grundsätzlich vergleichbar wäre. Dies ist in Bezug auf die Vertrauensmöglichkeit des Geschäftspartners oben bejaht worden.
Die Willenserklärung einer Geschäftsaufnahme zuzustimmen oder einer Gesellschaft beizutreten, geschieht immer freiwillig und ohne rechtlichen Zwang.

---

453) Ebenso Priester, BB 1980, 911 (915f)

454) Vergl. für die Irrelevanz der Zustimmung zur Geschäftsfortführung beim Beitritt Schmidt, ZHR 144 (1980) 192 (195)

Im Gegensatz dazu kann die Firmenänderung und die Zustimmung dazu in zahlreichen Fällen rechtlich zwingend sein.
Ein ausscheidender Gesellschafter kann nach § 24 II HGB die Fortführung einer Firma mit seinem Namen verbieten. Nach § 16 UWG kann von einer Gesellschaft unter Umständen erfolgreich Unterlassung einer Firmenführung verlangt werden. Schließlich können geänderte tatsächliche Verhältnisse zu einer Firmenänderung wegen § 18 II HGB zwingen.[455]
In diesen Fällen trifft die Gesellschaft die gesetzliche Pflicht, ihre Firma zu ändern. Tut sie dies nicht, droht ihr Ordnungsgeld oder die Löschung der Firma von Amts wegen.
Jeder Gesellschafter hat gegenüber der Gesellschaft die allgemeine Treuepflicht, die Interessen der Gesellschaft zu wahren und alles zu unterlassen, was die Gesellschaft schädigt.[456] Diese Treuepflicht kann dazu führen, daß ein Gesellschafter an einer Änderung des Gesellschaftsvertrags mitwirken muß, wenn dies für den Bestand der Gesellschaft oder zur Vermeidung wesentlicher Verluste der Gesellschaft erforderlich ist.[457]

Das führt dazu, daß der Gesellschafter einer Änderung der Firma zustimmen muß, wenn der Gesellschaftsvertrag nur einstimmig geändert werden kann, oder seine

---

455) Schlegelberger (Hildebrandt) § 18 Rdn. 7; Würdinger in GK HGB 3. Aufl. § 18 Anm. 18
456) A. Hueck, OHG § 13 I
457) Westermann Rdn. 242

Stimme für eine Mehrheitsentscheidung notwendig ist, weil ohne Änderung der Firma der Gesellschaft die oben aufgezählten Nachteile drohen.
Dann fehlt es jedesmal an der für eine Haftung aus § 176 HGB notwendigen freiwilligen

Verursachung des Rechtsscheins. Nur eine freiwillige Verursachung des Rechtsscheins kann aber wegen der scharfen Haftungsfolge in § 176 HGB eine Zurechenbarkeit begründen.
Die sicher zahlreichen Fälle, in denen eine Firmenänderung und die Zustimmung des Kommanditisten dazu freiwillig und ohne rechtlichen Zwang erfolgt sind, reichen für eine Analogie nicht aus, weil auch Zustimmungen aus rechtlichem Zwang denkbar sind. Es ist erforderlich, daß der geregelte und der nicht geregelte Fall prinzipiell und nicht nur im Einzelfall vergleichbar sind, d.h., daß bei Vorliegen der Merkmale des Tatbestandes (Firmenänderung und Zustimmung) die Rechtsfolge zwingend eingreift. Die in § 176 HGB geregelte Interessenlage ist aber nicht in jedem Fall mit der Interessenlage bei der Firmenänderung unter Zustimmung des Kommanditisten vergleichbar. Vielmehr müßte trotz Vorliegens einer Firmenänderung und Zustimmung des Kommanditisten hierzu, anders als bei Geschäftsaufnahme und Zustimmung, in jedem Einzelfall noch untersucht werden, ob diese Zustimmung freiwillig erfolgt ist, um § 176 I HGB seiner Regelungsintention nach anwenden zu können.

Da § 176 HGB wegen seiner strengen Haftung nicht unnötig weit ausgedehnt werden sollte[458] und eine Analogie nur bei prinzipieller Vergleichbarkeit sowohl der Stellung des Dritten als auch der des betroffenen Kommanditisten mit dem in § 176 I HGB geregelten Fall in Frage kommt, muß eine analoge Anwendung des § 176 HGB auf den Fall der Firmenänderung ausscheiden.[459]

---

458) So Donner, DNotZ 1943, 288 (294); Schmidt, JZ 1974, 219 (220); vergl. auch BGHZ 78, 114 (117)

459) Eine Analogie ablehnend auch Schlegelberger (Schmidt) 5. Aufl. § 176 Rdn. 47, der allerdings im Einzelfall eine Anwendung von § 176 HGB kraft Rechtsschein bejaht. Dem ist zuzustimmen. Allerdings müssen dafür die gegenüber der abstrakten Vertrauensschutznorm des § 176 HGB strengren Voraussetzungen der allgemeinen Vertrauenshaftung, wie z.B. zurechenbar verursachter Rechtsschein und konkretes Vertrauen des zu Schützenden auf die Existenz einer neuen Gesellschaft erfüllt sein.

Lebenslauf

Am 20. Juni 1960 wurde ich als Sohn des Rechtsanwaltes am Oberlandesgericht Dr. iur. Heinz Kroppen und seiner Ehefrau, der Hausfrau Elsbeth Kroppen, geb. Froitzheim, in Duisburg geboren.

Nach vier Volksschuljahren von 1966 bis 1970 in Ratingen und Meerbusch besuchte ich von 1970 bis 1976 das Meerbusch Gymnasium. Ab 1976 war ich Schüler des Landerziehungsheims Stiftung Louisenlund. Dort legte ich am 4. Dezember 1978 das Abitur ab.

Im Sommersemester 1979 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Hamburg. Zum Wintersemester 1980/81 wechselte ich zur Universität Köln.

Am 13. November 1984 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts Düsseldorf die erste juristische Staatsprüfung.

Am 1. September 1985 wurde ich zum Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf ernannt.